

UNIVERSITÉ DE NANCY - FACULTÉ DE DROIT

Les donations par souscription

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mardi 30 Octobre 1934

PAR

Jean MARX

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Licencié es Lettres

Avocat à la Cour d'Appel de Besançon

MEMBRES DU JURY :

Président

Assesseurs

MM. VOIRIN, professeur.
PARISOT, professeur.
DURAND, agrégé.

BESANÇON

IMPRIMERIE JACQUES ET DEMONTROND

1934

Les donations par souscription



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547426_0008

Les donations par souscription

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mardi 30 Octobre 1934

PAR

Jean MARX

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Licencié ès Lettres

Avocat à la Cour d'Appel de Besançon

MEMBRES DU JURY :

Président	{	MM. VOIRIN, professeur.
Assesseurs		PARISOT, professeur.
		DURAND, agrégé.

BESANÇON

IMPRIMERIE JACQUES ET DEMONTROND

—
1934

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. SENN (*, **, I. ☉).

Doyens honoraires : MM. F. GÉNY (O. *, I. ☉), MICHON (*, I. ☉).

Professeurs honoraires :

MM. MAY (*, I. ☉).

CARRÉ DE MALBERG (*, I. ☉).

ROLLAND (I. ☉).

MOREL (I. ☉).

GÉNY (F.) , O. *, I. ☉).

Maître de conférences honoraire : M. MÉLIN , I. ☉), docteur en Droit.

MM. GÉNY (O. *, I. ☉), professeur de Droit civil.

MICHON (*, I. ☉), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, I. ☉), professeur d'Économie politique.

SENN (*, **, I. ☉), professeur de Droit romain.

RENARD (I. ☉), professeur de Droit public.

HENRY (I. ☉), professeur de Droit criminel.

KRÖLL (I. ☉), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (I. ☉), professeur de Droit international public.

LESCOT (I. ☉), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (I. ☉), professeur de Droit civil.

VOIRIN (*, A. ☉), professeur de Droit civil.

TROTABAS (*, A. ☉), professeur de Droit administratif et de
Législation financière.

PARISOT (A. ☉), professeur de Droit civil.

DE MENTHON, professeur d'Économie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, docteur en Droit, chargé du cours d'Economie
politique.

BURDEAU, docteur en Droit, chargé de cours de Droit public.

BERTRAND (I. ☉), secrétaire.

*La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions
particulières du candidat.*



ERRATA

Page 2, 8^e ligne, *au lieu de* : elles, *lire* : les dispositions du Code.

Page 8, 20^e ligne, *supprimer* : juridiques.

Page 9, 12^e ligne, *au lieu de* : donataires, *lire* : donations.

Page 17, 3^e ligne, *au lieu de* : certanis, *lire* : certains.

Page 26, 5^e ligne, *au lieu de* : plusse, *lire* : plus se.

Page 119, 10^e ligne, *au lieu de* : Ainsi , *lire* : Ainsi,.

Page 122, 12^e ligne, *au lieu de* : juridique, , *lire* : juridique;.

Page 127, 23^e ligne, *au lieu de* : romaines de, *lire* : romaines et de.

INTRODUCTION

La question de savoir si la simple promesse, la seule souscription d'un donateur, indépendamment de toute acceptation du donataire et de toute observation des règles de forme, suffit pour l'obliger définitivement, est d'un intérêt considérable eu égard à la législation actuelle en matière de donation. Reconnaître quelque valeur et faire porter effet à de tels actes de libéralité, qui ne sont pas des donations puisque le Code subordonne la perfection de celles-ci à l'acceptation du donataire et à l'existence de certaines solennités, ce serait saper à la base, à tout le moins tourner, le régime précautionneux à l'excès du Code et en particulier sa conception de la donation-contrat et contrat solennel.

Le principe de la solennité des donations tend de nos jours à se cantonner strictement dans le domaine de la donation « par actes » du Code. Le formalisme solennel imposé par le législateur de 1804 ignorait officiellement la réalité ; les faits se sont révoltés contre lui, et c'est pour régulariser des situations qu'aucune disposition légale ne pouvait prohiber que la Jurisprudence a validé des libéralités qui ne cadrent nullement avec le type de donation prévu par

le Code. Ainsi peut-on réaliser des dons manuels, des donations indirectes, des donations déguisées.

La conception de la donation-contrat résiste mieux. Et cependant, malgré les textes formels qui paraissent la consacrer, son fondement paraît encore moins assuré que celui du principe de la solennité. Elle conduit à des résultats souvent inacceptables.

Notre travail a pour objet d'essayer de montrer qu'elles doivent être entendues restrictivement et que leur interprétation, abandonnant la lettre des textes, doit toujours tenir compte de l'esprit dans lequel ils ont été conçus et de la fin qui leur a été assignée.

Encore faut-il que cet esprit et cette fin soient lumineux ; encore importe-t-il de connaître exactement les sentiments qui ont animé le législateur de 1804.

C'est en effet intimement lié aux intentions des rédacteurs du Code et à l'exégèse de la réglementation légale en matière de libéralités que se pose le problème des souscriptions.

Une question préalable est celle de savoir ce qu'il faut entendre par souscription.

C'est un terme fréquemment employé dans le langage juridique. Il semble sous-entendre un écrit. C'est inutile, sauf à tenir compte des difficultés de preuve et de l'article 1341.

D'une manière générale, on peut dire que c'est une offre, une promesse et avant tout un engagement. Chaque fois qu'on s'engage on souscrit. D'où il découle qu'aussi bien pour un acte à titre onéreux que pour un acte à titre gratuit la souscription est susceptible d'être employée.

En matière de libéralités, la souscription présente un double aspect ; c'est toujours une promesse de donation, mais cette promesse, tantôt est concomitante à l'exécution de la libéralité, tantôt existe seule indépendamment de tout versement. C'est à ce second aspect de l'opération que l'on réserve ordinairement l'appellation de *souscription*. Si la remise des deniers suit immédiatement la simple promesse, l'engagement de donner se résout par ce fait en un don manuel. Au cas contraire, la promesse seule subsiste. Or il est communément admis en droit positif que cette promesse, qui n'est autre qu'une promesse de don manuel, est sans valeur.

L'article 932 du Code Civil porte en effet : « La donation
« entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun
« effet, que du jour où elle aura été acceptée en termes
« exprès. »

La donation entre vifs du Code se décompose donc en une opération à deux temps : souscription du donateur et acceptation du bénéficiaire. Et l'acte n'aura de valeur que si l'acceptation survient, et à partir du moment où elle se sera réalisée. Jusque-là, pas d'engagement juridique ; le donateur peut revenir sur son geste généreux ; il n'est lié légalement que par l'acceptation du donateur.

C'est cette situation que l'on résume couramment en déclarant que la donation est un contrat. La validité d'un contrat est subordonnée au concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose que l'autre accepte de recevoir. C'est bien là l'opération que le Code a prévue au titre deuxième de son livre III et notamment aux articles 894 et 932.

De deux choses l'une : ou cette conception contractuelle de la donation est logique et conforme au droit naturel, et il serait absurde d'y déroger à moins de raisons graves et d'accord avec le législateur ; ou bien le Code a désiré instaurer une législation d'exception. Si cette hypothèse se vérifie, il convient de se demander les raisons qui ont motivé sa défiance à l'égard des libéralités et de n'appliquer les dispositions restrictives qu'il a imaginées qu'en en limitant la portée aux seuls cas qu'il a expressément et formellement déterminés. Ce travail aboutira automatiquement à nous faire découvrir s'il existe un terrain sur lequel puisse s'exercer librement et valablement la simple souscription exclusive de toute idée de contrat et quels contours peut présenter une semblable institution relativement à la législation positive en matière de libéralités.

Il importe avant tout de préciser le sens d'expressions usuelles telles que « donation » et « libéralité ». On emploie généralement ces deux termes indifféremment l'un pour l'autre. C'est à tort, et cette manière de faire conduit à bien des inexactitudes.

La libéralité, c'est une expression générique qui recouvre, non seulement les transferts de droit ou de biens inspirés par une intention libérale, entre vifs ou à cause de mort, mais encore tous les contrats de bienfaisance. L'expression est ainsi synonyme de « acte à titre gratuit ».

On entend par donation, au sens large du mot, tout acte de disposition à titre gratuit entre vifs, qu'il soit question de donation selon le Code, de don manuel, de donations déguisées ou indirectes.

Pour réaliser une donation, le Code impose un procédé

technique qu'il soumet à diverses conditions de forme et de fond. C'est la donation du Code, la donation au sens strict. Il semblerait même qu'elle soit le seul instrument juridique utilisable par une personne désireuse de gratifier autrui, si l'on s'en rapporte à l'article 893 du Code Civil, aux termes duquel « On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre vifs, ou par testament... »

Notons tout d'abord que le Code ne déclare pas expressément que la donation soit un contrat. L'article 894 paraît même dire le contraire, puisqu'il porte que « la donation entre vifs est un acte... » Il met ainsi, semble-t-il, la donation sur le même plan que le testament qui, lui aussi, dispose l'article 895, est un acte. Sans doute enseigne-t-on qu'il s'agit là d'une erreur du Premier Consul, puisqu'aussi bien c'est sur une objection de sa part que le mot « acte » remplaça celui de « contrat ». Il s'agirait d'une confusion entre le contrat unilatéral et l'acte de volonté unilatérale et cette remarque littérale ne tiendrait aucun compte de l'esprit des textes. Il se peut ; elle est cependant intéressante à signaler.

Quoi qu'il en soit, la donation du Code est incontestablement un contrat : l'acceptation du donataire est une condition de validité. C'est la solution légale. Et toute la question est de savoir si cette conception rend compte de la véritable nature de la donation, ou bien si, au contraire, elle ne constitue pas une embûche dressée par le législateur dans un but à déterminer. Si, par aventure, l'exactitude de ce dernier point de vue était démontrée, il en faudrait déduire que les dispositions voulues par le législateur appellent une

réforme, et tout au moins que leur champ d'application ne doit s'étendre qu'aux seuls cas qu'il a spécialement et expressément pris en considération.

Cette question ne semble pas actuellement préoccuper les auteurs, mais elle a fait dans l'Ancien Droit l'objet de très sérieuses discussions. Les opinions les plus diverses s'y donnaient libre cours.

Un grand nombre d'auteurs, et des plus considérables, Bartole (1), Ricard (2), Pothier (3) enseignaient que la donation était un contrat. Furgole (4), au contraire, soutenait la négative avec force dans plusieurs parties de ses ouvrages. Il suivait en cela l'opinion du président Favre (5), qui donnait au sentiment opposé une large place parmi les erreurs de droit, dont il s'était fait l'intrépide redresseur dans son ouvrage intitulé *De erroribus pragmaticorum*.

Plus près de nous, Merlin était d'avis que la donation était un contrat synallagmatique. Mais Grenier (6) n'adoptait cet avis qu'avec une restriction déjà admise par d'anciens docteurs. Il consent à ce que la donation ne soit pas un contrat synallagmatique, quand elle est pure et simple. Mais il la déclare telle quand elle est accompagnée de charges, et ceci est encore l'opinion de Favre.

A première vue, de semblables divergences entre des auteurs estimés sont étonnantes, puisque déjà du temps des empereurs Dioclétien et Maximilien la donation était mise

(1) Sur la loi 9, § 1, Digeste, *De dona*.

(2) Donation part. 1, nos 835-846.

(3) Introduction à la coutume d'Orléans, t. XV, nos 1, 2, 3, 4.

(4) Quest. sur les donations, quest. 1, n° 32 et quest. 8, n° 1 et Com. de l'ord. de 1731 sur les art. 5 et 18.

(5) *De errorib. pragmatic. decad.* 45, error 8 et 9 n° 1.

(6) Donations, nos 76 et suiv.

au nombre des contrats (1) et qu'à l'époque où ces différentes opinions se faisaient jour la donation était officiellement considérée comme un contrat, même avant l'Ordonnance de 1731.

La raison en est surtout que ces juristes ont travaillé les uns en théorie, en droit pur, les autres sur les textes légaux. De nos jours, la question n'est pas discutée parce que précisément on n'étudie que la donation du Code, qui, elle, est indiscutablement un contrat, et non pas la notion de donation en elle-même indépendamment des textes de droit positif.

Du reste, une simple comparaison tranche le problème, il est unanimement admis que le testament est un acte de volonté unilatérale et non un contrat. Cette institution est-elle si différente de la donation qu'une solution contraire puisse être adoptée à l'égard de la donation ? A bien considérer les deux mécanismes, où est l'opposition ? Par le testament une personne donne, lègue si on veut, à une autre, dans une intention libérale, un avantage purement gratuit, abstraction faite des cas où une charge est adjointe. La situation n'est-elle pas la même en matière de donation ? Dans les deux cas la personne gratifiée qui désire bénéficier de la donation ou du legs doit accepter. Il est bien évident que nul ne peut être rendu propriétaire d'un bien quelconque sans sa volonté ; que ce bien fasse l'objet d'une donation ou d'un legs l'acceptation du bénéficiaire doit être regardée comme une simple condition d'exécution.

(1) L. 7. C. *De his quæ vi metuve Junge* l. 8. D. *De præscript.*, 30 vel. 40. GODEFROY, sur la première de ces lois, disait : *Hinc colligitur donationem esse contractum*. V. aussi ce qu'il dit sur la loi 19, D, *De verb. signif.*, note 52, où il réfute Alciat.

C'est bien ce qui se produit pour le legs. L'acte du testateur vaut par lui-même, mais il ne recevra exécution que par la volonté du légataire. Pourquoi dès lors rechercher une autre explication pour la donation ? N'est-il pas aussi logique de poser en principe que l'offre du donateur, sa souscription porte sa valeur en elle-même ?

L'opinion du législateur de 1804, comme de ses prédécesseurs romains et de l'Ancien Droit, impose une solution totalement différente. L'acceptation du donataire n'est pas une condition d'exécution, c'est avant tout une condition de validité. La perfection de la donation implique le concours des volontés du donateur et du donataire.

Telle est la solution du Code. Elle ne correspond pas à la véritable nature de la donation. Et cependant elle n'est que la répétition sous une forme presque identique des principes auxquels s'étaient successivement rangés le Droit Romain et l'Ancien Droit.

Un nouveau champ de recherches s'offre à nous. Pourquoi le législateur actuel et passé s'est-il obstinément écarté de notions juridiques théoriquement au-dessus de toute discussion pour imposer une conception contraire à la réalité juridique ? Pour quelles raisons a-t-il fait de la donation un contrat et non un acte de volonté unilatérale ? A quels sentiments a-t-il obéi en subordonnant la validité de la simple souscription à l'acceptation du donataire ?

Une semblable transformation présuppose des motifs graves.

Donner, comme vendre, participe à l'essence même du droit de propriété. Un propriétaire qui ne pourrait plus ni

donner ni vendre ne serait plus un véritable propriétaire. La donation est un des attributs principaux du droit de propriété, sauf à considérer certaines incapacités totales de jouissance, comme celle du mineur jusqu'à un certain âge.

Il semble que le Droit devrait favoriser ce penchant à la bienfaisance inhérent à l'âme humaine. On pourrait tout d'abord penser que les dispositions régissant les libéralités sont des règles favorables et que la Loi voit avec faveur les transferts de droits ou les transferts de biens inspirés par une intention libérale. L'admission de ces idées nous amènerait à espérer une réglementation propice à susciter le développement des donataires.

Or, la plupart des règles du Code sont inspirées par la méfiance.

Le Droit est l'ensemble des règles qui, au point de vue des biens régissent l'économie, c'est-à-dire l'échange des richesses et des services entre les hommes. Le Droit est intéressé ; le Droit s'efforce de maintenir l'équilibre entre des activités égoïstes, et, bien loin de considérer favorablement les sentiments désintéressés, il les tient pour suspects. L'homme bienfaisant, écrit M. Ripert, au point de vue juridique, est un homme anormal (1). Signe de faiblesse que cette pensée altruiste ! Acte dangereux le fait de se dépouiller au profit de tiers ! Presque toutes les règles légales sont défavorables aux donations.

Cette mentalité ne porte pas la marque d'une société trop préoccupée de ses intérêts, car ces règles apparaissent parmi les plus anciennes lois générales.

(1) RIPERT. *Notion des libéralités*. Cours de doctorat, Paris, 1930-1931.

On pourrait avoir une autre conception, qui consisterait à regarder avec indifférence le mobile des actes. On ne distinguerait pas les actes suivant que le titre de transmission est onéreux ou gratuit. Ce serait alors l'indifférence du législateur en présence de l'acte à titre gratuit et la faculté de disposer reconnue à l'homme, sans avoir à se préoccuper du mobile de la disposition. La disposition par libéralité serait tout aussi respectable que la disposition onéreuse. Cette politique a été observée parfois dans l'histoire des législations, mais ce n'est pas celle du Droit français actuel, ni même celle du Droit français ancien, pas plus que celle du Droit Romain. Le Code Civil ne se désintéresse pas des donations, mais il ne les considère pas comme les autres actes juridiques ; dans l'intérêt de certaines personnes que nous allons déterminer, il leur impose des règles spéciales.

Si le législateur se méfie des donations, c'est qu'elles présentent des dangers certains tant pour toute une série d'individus, le donateur, le donataire, les parents du disposant et ses créanciers, que pour l'ordre social.

En premier lieu, dans la vie juridique, l'acte de donation semble anormal, parce que les rapports de droit sont organisés pour régler la transmission des richesses et des services, c'est-à-dire l'échange onéreux des biens entre les hommes. Quand il y a libéralité, il n'y a plus d'échange, et la donation apparaît comme le dépouillement volontaire d'une personne, comme un abandon de biens sans utilité pour celui qui la consent.

Le législateur considère qu'il peut y avoir dans la libéralité un danger particulier : danger pour le donateur qui se dépouille par un acte sans doute volontaire, mais peut-

être irréfléchi, et danger pour le donataire qui reçoit sans se douter qu'il peut y avoir peut-être des inconvénients à recueillir une libéralité.

En second lieu, l'acte de libéralité, en réduisant le patrimoine, en empêche la transmission intégrale au décès, telle qu'elle a été organisée par le Code. Dès lors, c'est un acte nuisible à la famille du disposant, car il l'empêche de recueillir à la mort du donateur les biens suivant le mode et dans l'ordre réglementés par le législateur. En effet, quoique fidèle à l'idée de propriété individuelle, l'idée d'affectation familiale de cette propriété a encore été assez forte pour que le Code Civil ait fixé les règles applicables à ces dispositions à titre gratuit.

Même remarque relativement aux créanciers. Lorsqu'une personne vend de ses biens, la composition de son patrimoine se modifie, mais sa quotité ne change pas. Aussi, ces aliénations à titre onéreux, achats ou ventes, sont-elles en général de peu d'importance pour les créanciers ; peu importe également à la famille et aux héritiers. Sans doute, leurs préférences se trouveront-elles peut-être sacrifiées, mais leurs espérances ne le seront pas. Au contraire, quand une personne dispose gratuitement de ses biens, c'est la quotité même du patrimoine qui est modifiée et amoindrie.

Enfin, en dernier lieu, la donation peut être réalisée par le disposant pour des fins que la loi désapprouve comme étant contraires à la loi sociale. On arrivera plus facilement à telle fin par un acte à titre gratuit que par un acte à titre onéreux, car dans l'acte à titre gratuit le donataire est soumis à la volonté du disposant, et pour obtenir la libé-

ralité il s'engagera peut-être à accomplir tel fait qui serait jugé contraire à l'ordre public.

Telles sont les raisons qui motivent la défiance du législateur à l'égard des libéralités en général et des donations en particulier. Il a cru obvier à ces graves inconvénients en enfermant les donations dans un formalisme rigide et en dénaturant le caractère juridique des libéralités entre vifs.

Le cadre étriqué du formalisme a déjà éclaté. Rares sont actuellement les libéralités susceptibles d'être annulées pour défaut de formes. Le secret espoir du législateur de 1804 était sans doute de soumettre toutes les libéralités aux règles d'authenticité. C'était faire peu de cas de la réalité. Il existe maintenant bien d'autres procédés techniques pour accomplir une donation que celui préconisé par le Code.

En reconnaissant aux donations le caractère d'un contrat, le Code les assujettit à un régime beaucoup plus sévère. Et mieux que tout autre ce trait particulier est le signe certain de la défiance légale. Poser en principe que l'acceptation du donataire est indispensable à la perfection de la donation c'est imposer à la donation une nature contractuelle, c'est reculer dans le temps la naissance de la libéralité.

Ce n'est pas l'offre, la souscription du donateur, qui crée la donation, mais seulement l'acceptation du donataire. Or, cette souscription et cette acceptation ne sont pas nécessairement concomitantes. Un délai plus ou moins long peut s'écouler entre le moment où le donateur souscrit et celui où le donataire accepte. De multiples événements peuvent survenir qui mettent à néant la souscription

du donateur. Les deux plus courants sont le décès du donateur ou son changement de volonté. Une acceptation postérieure à ces deux événements ne servirait de rien.

Le donateur décédé, sa volonté disparaît ; le concours de cette dernière avec celle du donataire, indispensable puisque la donation est un contrat, ne se réalise plus : le contrat ne saurait donc se former ; la souscription du donateur reste sans effet.

Le changement de volonté du donateur n'est pas moins à craindre. Les mobiles qui ont amené le donateur à souscrire son offre ne sont pas immuables. Il arrive que le donateur ne s'aperçoive qu'après avoir souscrit de l'importance excessive de sa donation ou même de son inutilité. Peut-être a-t-il donné en haine de sa famille ou de ses créanciers, et le voilà qui se réconcilie avec les siens ou qui revient à une situation pécuniaire moins obérée. Si la donation n'a pas été acceptée, il lui est loisible d'en faire disparaître toute trace.

Ainsi, dans les deux hypothèses du décès du donateur ou de son changement de volonté, à défaut d'acceptation en temps utile, la souscription même du donateur est anéantie : la perfection de la donation ne s'étant pas réalisée il n'y a pas donation.

En affirmant la nature contractuelle de la donation, le législateur a spéculé sur ces deux hypothèses. Il se défie des libéralités pour toutes les raisons que nous avons exposées ; tout lui paraît bon pour faire échec à une institution qu'il lui est impossible d'empêcher, mais qu'il cherche et réussit à brider de toutes façons.

Imposer à la donation le caractère d'un contrat, c'est encore réduire le nombre des donations.

Mais si le législateur parvient ainsi à ses fins, ce n'est qu'au mépris de certaine règle impérative du Droit naturel et du Droit positif.

Il permet, désire et autorise dans un but que nous connaissons et qui reste à apprécier, que le souscripteur d'une promesse revienne sur son engagement. Sous un fallacieux prétexte contractuel, liberté est accordée à tout donateur de renier sa signature, de violer la parole donnée.

Or, la Vérité, ce principe de droit naturel, suppose que ce qui est, ce qui a été, ce qui devra être, demeure toujours exprimé d'une manière immuable ; elle est à la base de la bonne foi que les hommes se doivent les uns aux autres, de cette *bona fides* que Cicéron définit la vérité constante des choses dites et convenues. N'est-ce pas méconnaître de la manière la plus absolue cette bonne foi que de rendre licite et souhaitable la rétractation d'une personne qui a donné sa parole ? Sur ce point c'est l'accord complet avec le Droit positif. Que deviendrait-il en effet de la vie juridique et la vie tout court si la loi venait à favoriser la mauvaise foi ?

C'est cependant bien à ce résultat que la conception contractuelle de la donation parvient. Est-il défendable en droit, puisque, du point de vue de la justice, il semble condamné ?

Il est juste de protéger le donateur et les légitimes intérêts qu'il porte, contre un donataire quelconque. On comprend aisément qu'un créancier ou un héritier éventuel jouissent d'une situation privilégiée relativement à un donataire quelconque. Dans cette hypothèse, la réglementation contractuelle du Code s'explique et même se justifie, quelque atteinte que puissent recevoir les principes, puisqu'en

réalité, elle ne fait, en retardant la formation de la donation, quand la chose est possible, que rétablir un ordre troublé à tort par le donateur.

Mais le système de protection attaché à l'idée contractuelle fonctionne malheureusement trop souvent dans un autre sens. Il peut servir à faciliter la violation de la parole donnée à des bénéficiaires dont l'intérêt doit être regardé comme supérieur à celui d'un créancier ou d'un héritier. Il est des donateurs qui abandonnent leurs biens pour créer des hôpitaux, des hospices, pour fonder des prix ou secourir des familles nombreuses. Peut-être dans ces cas le donateur sacrifie-t-il sa famille et ses créanciers, mais il les sacrifie à un intérêt plus large, qui est l'intérêt public. La donation apparaît dans le Code comme l'acte anormal d'un esprit faible qui se dépouille de son patrimoine au profit d'un donataire qui, par des procédés plus ou moins ingénieux et recommandables, lui a inspiré une pensée de bienfaisance. Convient-il de traiter semblablement, de placer sur le même pied, des donations à caractère social, infiniment plus respectable que l'intérêt de parents éloignés qui viendraient recueillir le patrimoine à la mort du donateur ?

Appliquer dans cette hypothèse des règles dont le caractère artificiel est incontestable, ce serait détourner une institution du but qui lui a été fixé. Permettre au souscripteur de se délier de son engagement, ce serait accorder une prime à la mauvaise foi, au préjudice d'intérêts sociaux dont la légitimité n'est pas à démontrer.

Tout le problème des donations par souscription est là. Le donateur veut-il gratifier, pour des raisons personnelles, un donataire quelconque : laissons jouer librement les

règles des donations telles que le Code les a conçues, à base de formalisme contractuel. Mais si le souscripteur adresse sa libéralité à certaines collectivités d'utilité commune, ou si sa souscription a pour destination une fin et un but proposés par d'autres que par lui-même et à la réalisation desquels il ne participe qu'avec d'autres, ne convient-il pas de se dégager d'une législation excessive et d'emprisonner, dès qu'elle est exprimée, le donateur dans les termes de sa souscription ; n'y a-t-il pas lieu de voir dans l'acceptation du donataire non une condition de validité, mais une condition d'exécution, de concevoir cette donation non comme un contrat mais comme un acte de volonté unilatérale, en un mot de faire porter effet à la simple souscription ?

Tel est le problème ; et pour tenter de le résoudre nous remonterons aux sources de notre Droit en nous attachant à découvrir dans le Droit Romain et dans l'Ancien Droit les traces d'une institution qui semble être parvenue jusqu'à nous, sinon sous sa véritable dénomination, tout au moins par les effets qu'elle engendre et les conséquences auxquelles elle conduit.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES ET LES DESTINÉES
DE LA DONATION
PAR SOUSCRIPTION

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES ET L'ÉVOLUTION DE LA DONATION
PAR SOUSCRIPTION JUSQU'A L'ORDONNANCE DE 1731

SECTION I

La *pollicitatio* dans le Droit Romain

§ 1. La *pollicitatio ob justam causam*

Chez les Romains, la donation a pour éléments essentiels l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement du donataire et l'intention de libéralité, auxquels certains interprètes ajoutent même l'acceptation du donataire. Elle est constituée, à ces conditions, par quelque procédé qu'elle se réalise. C'est ainsi qu'elle peut indifféremment être faite par une translation de propriété, par une cession de créance, par une extinction d'obligation, également par une formation d'obligation, s'accomplissant notamment par voie de convention de donner, érigée en pacte légitime par Justinien.

Et cependant on doit reconnaître qu'à côté de ces procédés normaux de réalisation d'une donation, les Romains accordaient une valeur juridique à la seule promesse, *pollicitatio*, de celui qui offrait de donner une somme ou d'effectuer certains travaux.

La portée de cette institution, ses règles, l'intérêt qu'elle présente par rapport à la convention de donation à laquelle elle s'oppose exactement, sont précisés dans le Digeste, livre L, titre XII (1).

Cette pollicitation est une promesse de donation, un acte de volonté unilatérale qui, dans certaines hypothèses que nous déterminerons, oblige le donateur aussi sûrement que s'il était engagé dans les liens d'une convention de donation.

Avant toute chose, notons qu'il ne s'agit que de donations adressées aux cités et non à des donataires pris en particulier.

La validité de cet acte de volonté unilatérale est subordonnée à l'existence d'une *justa causa* ; car celui qui a fait une promesse n'est pas, en principe, obligé par cette promesse s'il s'est engagé *sine causa*, c'est-à-dire sans juste cause.

Il importe donc, pour opérer une discrimination indiscutable entre les cas où le promettant sera tenu par son offre et ceux où il ne le sera pas, de savoir ce que les Romains entendaient par l'expression *justa causa* et quels faits ils admettaient comme constituant en l'espèce de justes causes.

(1) V. BRINI, *La bilateralità delle pollicitationes a una res publica e dei vota nel diritto romano*, dans *Memorie dell' Acc. di Bologna*, 1908 ; ALBERTARIO, *La pollicitatio romana e il cosiddetto obligari ex pollicitatione*, extrait des *Rendiconti du Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. LX, fasc. 11-15, 1927, pp. 1-4 ; PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, 1, 1873, p. 279, § 5-6.

Ces justes causes sont, d'une manière générale, les faits reconnus par la coutume ou par la loi (par les Constitutions impériales dans notre hypothèse) comme motivant et justifiant l'acquisition d'un bien.

Les textes d'Ulpien, de Modestin, de Martien et de Paul, rapportés au Digeste, nous permettent de préciser davantage.

Modestin s'exprime de la manière suivante (1) : « Si un citoyen a promis une somme d'argent à une ville dans l'espoir d'obtenir un honneur ou une charge de magistrat et qu'il vienne à décéder avant d'avoir reçu cet honneur ou d'être parvenu à cette magistrature, les Constitutions décident que les héritiers ne sont pas tenus à l'égard de cette promesse d'argent. »

Et Ulpien (2) : « Celui qui a promis quelque chose n'est pas toujours obligé. Si cependant il a promis en vue d'un honneur à décerner ou pour quelque autre juste cause, il sera tenu en vertu de sa promesse. »

Ainsi la juste cause indispensable pour rendre valable la *pollicitatio*, c'est l'espoir d'accéder soi-même à une magistrature ou de recevoir un honneur, ou de voir telle personne accéder à cette magistrature ou recevoir cet honneur.

A côté de ce premier cas de justes causes, il en est un autre consigné par Martien en ces termes (3) : « Si quelqu'un, à l'occasion d'un incendie, d'un tremblement de terre ou de quelque autre dommage dont ait souffert la chose publique, a promis, il est obligé, en vertu de sa promesse. » Paul reprend la même idée (4) : « Si un citoyen a promis à une ville, à l'occasion d'un dommage qu'elle a souffert, de lui

(1) *D.*, 50, 12, *De pollicitationibus*, 11.

(2) *D.*, 50, 12, *h. t.*, 1, 1.

(3) *D.*, 50, 12, *h. t.*, 4.

(4) *D.*, 50, 12, *h. t.*, 7.

« faire ou donner quelque chose, l'Empereur Sévère, dans un
« rescrit adressé à Dion, a décidé que ce citoyen était obligé
« de tenir sa promesse... »

Le deuxième cas de juste cause est donc celui de calamité publique.

Dans ces deux hypothèses, la *pollicitatio*, inspirée *ob honorem* ou *ob calamitatem*, vaut. Ces cas sont-ils limitativement énumérés ? ou, au contraire, peut-il exister d'autres justes causes permettant de valider la *pollicitatio* ? Malgré les termes employés *ob aliam justam causam* (1), qui n'ont d'autre but que de ménager l'avenir et d'ouvrir la voie à d'autres justes causes qui seront un jour reconnues par la coutume ou par la loi, il semble bien que l'interprétation de ce passage doive être restrictive. Toutes les *causæ* qui ne se rapporteront pas aux deux hypothèses décrites ci-dessus, ne sauraient être qualifiées de *justæ*. En conséquence, elles étayeront d'une manière insuffisante la *pollicitatio*, par laquelle le donateur ne se trouvera pas engagé, sauf, en cas de difficulté, à soumettre la question à l'Empereur.

Ainsi le législateur romain cherche-t-il à favoriser l'intérêt de la cité. La cité a des droits supérieurs à ceux de l'individu. Une pollicitation faite à un simple particulier n'engagerait pas celui qui en est l'auteur à la réaliser. Mais vis-à-vis de la cité, c'est différent. Encore faut-il que le donateur agisse sous l'influence d'une juste cause. S'il offre des biens à la cité dans le seul but de nuire à ses héritiers ou à ses créanciers, les constitutions impériales ne sanctionnent pas cette pollicitation, elles la déclarent *sine causa* (2), c'est-à-dire sans valeur. Si, au contraire, la promesse du donateur est assortie d'un de ces motifs, reconnus

(1) D., 50, 12, h. t., 1, 1.

(2) Entendez : *sine justa causa*.

par la coutume ou par la loi comme justifiant de la part de la cité l'acquisition des biens offerts, tels que l'espoir d'obtenir, pour soi-même ou pour un autre, un honneur ou d'accéder à une magistrature, et le désir d'apporter des secours aux victimes de calamités publiques, alors la cité est en droit de bénéficier d'une pollicitation valable.

Cet acte de volonté unilatérale, le législateur romain facilite sa réalisation et lui fait porter ses fruits quand il sait avec certitude que la raison d'être de la donation est bonne. Venir en aide à une cité dévastée par un incendie, ou toute autre calamité, n'est-ce point, au premier chef œuvre utile, et utile pour tous ? Offrir à sa cité ouvertement et publiquement soit une somme d'argent, soit la construction d'un édifice, en vue d'obtenir ou de faire obtenir un honneur, n'est-ce pas l'intérêt de tous les citoyens pris ici en considération ?

La pollicitation permet, dans ces cas, de réaliser une donation. La seule promesse du donateur l'engage ; il ne peut se dédire de ce qu'il a promis.

Tels étaient les principes du Droit Romain et leurs applications. Notre Ancien Droit les recueillera. Il les élargira même, et on le comprend aisément. Les Romains n'avaient envisagé que des hypothèses où primait l'intérêt de la chose publique, de la cité. Mais, outre la cité, il est d'autres groupements qui méritent une faveur identique. L'Ancien Droit leur fera une place et très logiquement il accordera à ces collectivités les mêmes droits qu'à la cité.

§ 2. La *pollicitatio sine causa*

A côté de cette *pollicitatio ob justam causam*, les Romains connaissaient une pollicitation qui engageait son auteur

encore qu'elle ne fût basée sur aucune des *justæ causæ* précédemment décrites : c'est la *pollicitatio sine causa*.

S'il est exact, comme l'écrit Ulpien (1), que celui qui fait une promesse *sine causa* n'est pas, en principe, obligé de la parfaire, une exception d'importance vient considérablement amoindrir la portée de cette règle.

« *Item si sine causa promiserit, cœperit tamen facere, obligatus est qui cœpit* (2). » « Cependant si celui qui a fait une promesse *sine causa* a commencé à l'exécuter, il est obligé « à l'égard de sa promesse. »

Suit une dissertation assez longue destinée à préciser, en cas de doute, les hypothèses dans lesquelles l'ouvrage promis devra être considéré comme ayant fait l'objet d'un commencement d'exécution.

« On entend, continue en effet Ulpien (3), qu'un ouvrage « est commencé quand on a posé les fondements ou approprié « le terrain sur lequel il doit être fait. Si le terrain sur lequel « l'ouvrage doit être bâti a été désigné au pollicitant sur sa « demande, on doit dire que l'ouvrage est censé commencé. « Il en est de même si publiquement des préparatifs ou des « dépenses ont été faites sur ce terrain. »

Mais il pourrait se faire que ni commencement effectif d'exécution, ni désignation, ni préparatifs, ni dépenses n'ayant été accomplies, un donateur ait simplement versé une certaine somme en vue de l'exécution de l'ouvrage, puis, que, par la suite, se repentant de sa générosité, il allègue l'absence de *justa causa* ou de commencement d'exécution réel ou fictif, pour prétendre au remboursement des deniers versés.

(1) *D.*, 50, 12, *h. l.*, 1, 1.

(2) *D.*, 50, 12, *h. l.*, 1, 2.

(3) *D.*, 50, 12, *h. l.*, 1, 3.

Le cas a été prévu et voici comment il était résolu par Ulpien (1) : « Si quelqu'un a promis une certaine somme « pour la réalisation d'un ouvrage, bien qu'il ne l'ait pas « commencé lui-même, par la seule numération des deniers, « il doit être considéré comme ayant commencé l'ouvrage et, « comme tel, il sera tenu comme s'il l'avait effectivement « commencé. »

Enfin, dernière précision, particulièrement intéressante, Ulpien (2) cite un rescrit d'Antonin ainsi rédigé : « *Qui non ex causa pecuniam reipublicæ pollicentur, liberalitatem perficere non coguntur. Sed si columnas Citiensibus promisisti, et opus ea ratione sumptibus civitatis, vel privatorum inchoatum est, deseri quod gestum est non oportet.* » « Ceux qui font « *sine causa* une promesse à la chose publique, ne sont pas « obligés d'accomplir leur libéralité. » C'est le rappel de la règle générale. « Mais si quelqu'un a promis d'élever des « colonnes en l'honneur des Citiens, et, qu'en raison de cette « promesse, l'ouvrage ait été commencé aux frais de la cité « ou des particuliers, il ne peut pas abandonner ce qui a été « commencé. »

Cette décision est très nette. Voilà un individu qui promet d'élever des colonnes aux Citiens, puis qui s'abstient de poursuivre la réalisation de sa promesse. De simples particuliers, ou bien la cité elle-même, prennent l'affaire en mains et se mettent en devoir de commencer l'ouvrage soit par des travaux réels sur le terrain, soit encore en apportant certaines sommes — puisque nous savons que l'ouvrage est censé commencé par le seul versement des deniers. Le promettant sera définitivement engagé, bien que sa promesse soit par hypothèse *sine causa*, et qu'il n'ait pas par lui-

(1) *D.*, 50, 12, *h. t.*, 1, 4.

(2) *D.*, 50, 12, *h. t.*, 1, 5.

même commencé à la réaliser. Il aura suffi, pour qu'il soit tenu par sa promesse, que la cité ou d'autres citoyens s'engagent à leur tour : l'engagement des uns entraîne l'engagement de l'autre.

Ainsi donc, quand une promesse est faite même *sine causa* à la *res publica* elle vaut à partir du moment où l'ouvrage est commencé. Et l'ouvrage est commencé non seulement par le fait de travaux matériels, mais encore dès que le terrain sur lequel l'ouvrage doit s'élever est désigné au donateur ou approprié et aménagé publiquement et surtout dès que d'autres personnes auront manifesté l'intérêt qu'elles portent à cet ouvrage en participant à sa réalisation.

§ 3. La *pollicitatio*, donation par acte de volonté unilatérale

Nous savons déjà que la pollicitation vise l'utilité de la *respublica* ; mais le caractère qui frappe immédiatement le juriste, c'est que la pollicitation n'est pas une convention de donner ; ce n'est ni un contrat ni un pacte. Le pacte est défini : *duorum pluriumve in idem placitum consensus*. La pollicitation est l'obligation d'un seul : *solius offerentis promissum*. La pollicitation est une donation par acte de volonté unilatérale.

A cet égard et si nous nous reportons à notre législation contemporaine, elle apparaît plus proche du testament que de la donation du Code Civil. Certes, un testament est toujours révocable jusqu'à la mort de son auteur. Mais, juridiquement, la situation est identique dans les deux cas : le testament non révoqué et la pollicitation tiennent leur force obligatoire de la seule volonté de leur auteur.

Est-ce à dire que la promesse du pollicitant le contraindra

toujours à faire ce qu'il a promis ? Non, certes, car pour être unilatéral un acte qui a pour conséquence l'attribution à une personne de droits ou de biens ne saurait en définitive profiter à ce bénéficiaire contre son gré. Le pollicitant est tenu de réaliser sa promesse, encore faut-il que celui envers qui il s'est engagé désire la réalisation de cette pollicitation (1). Pour tirer profit de cette promesse de donation, le donataire doit l'accepter, si peu expressément que ce soit. Mais cette acceptation ne doit être considérée que comme une simple condition d'exécution et non de validité ; elle peut, puisque la promesse est tout avantage pour le donataire, être réduite à sa plus simple expression ; dans certains cas même le silence conscient vaut acceptation.

Les pollicitations *ob justam causam* et *sine causa* sont les unes et les autres des actes de volonté unilatérale.

La lecture des textes nous apporte une certitude absolue en ce qui concerne les premières. Si toutes les promesses n'engagent pas définitivement les pollicitants, du moins celles qui sont faites *ob justam causam* ne peuvent être rétractées par leurs auteurs.

Nulle part il n'est parlé d'acceptation ; l'acte de volonté unilatérale revêt donc ici toute sa force : le silence de la cité peut être considéré comme une acceptation tacite. Si la cité ne désire pas bénéficier de la donation, nul doute qu'elle ne manifeste clairement son intention et qu'elle ne délivre ainsi le pollicitant de son engagement. Mais il y a peu de chances que pareille éventualité se produise : pourquoi la cité refuserait-elle les sommes ou les ouvrages à elle offerts tantôt par un aspirant magistrat dans l'espoir affirmé qu'un *honos* viendra récompenser son geste libéral, tantôt par un citoyen compatissant aux malheurs de la

(1) De même, le légataire peut répudier le legs qui lui est fait.

res publica ? Dans l'une ou l'autre hypothèse le refus de la cité ne se conçoit pas et c'est précisément pour cette raison que ces *causæ* — *honos, calamitas* — sont considérées comme *justæ*. Dès qu'il a promis, le pollicitant ne peut plusse dégager à lui seul de sa promesse, bien qu'aucune acceptation de la cité ne soit intervenue.

Les pollicitations *sine causa* constituent, elles aussi, des engagements par actes de volonté unilatérale. Si l'engagement du pollicitant n'est pas cependant obtenu, la raison en provient de ce qu'il n'est pas accompagné d'une de ces *justæ causæ* reconnues par la coutume ou par la loi comme légitimant et justifiant l'acquisition des biens par la cité. Mais le principe de l'engagement subsiste, et c'est si vrai, que le commencement d'exécution en effaçant cette tache originelle rend toute sa valeur à l'acte de volonté unilatérale.

Telles étaient les règles suivies, dans notre matière, par les Romains. Notre Ancien Droit se les appropriera pendant un certain temps, puis après une longue éclipse nous les verrons réapparaître dans notre jurisprudence contemporaine.

SECTION II

La pollicitation dans l'Ancien Droit

Nous retrouvons, en effet, la pollicitation dans notre Ancien Droit. A vrai dire les docteurs de l'époque l'interprètent à leur façon. D'aucuns même en contestent l'existence. La plupart se contentent d'écrire qu'en droit elle ne devrait produire aucun effet ; mais ils sont contraints de

reconnaître que certains arrêts de justice ne paraissent avoir d'autre fondement que la pollicitation.

Ricard (1), se basant sur des arrêts de justice, est d'avis que la pollicitation des Romains est intégralement passée dans le droit français. Telle est également l'opinion de Merlin (2). C'est aussi le point de vue de Denisart (3).

Ce qui est intéressant à noter ce sont les raisons qui, aux yeux de ces auteurs, justifient leurs affirmations.

« La pollicitation, déclare Denisart, n'est autre chose
« qu'une promesse de donner à la république ce qu'elle est
« en droit d'attendre de nous. » Et voici l'exemple qu'il
donne. « Il y a pollicitation légale et tacite en la per-
« sonne de quiconque porte ses vues sur l'épiscopat ; on
« sous-entend toujours dans ceux qui acceptent ces dignités,
« une promesse d'employer les revenus de l'Eglise (la subsis-
« tance prélevée) au besoin des pauvres, à la décoration de
« cette même église et à aider le clergé. »

Pour Merlin, l'explication de la pollicitation réside dans le fait que tout ce que nous avons est dû à la patrie et qu'on ne peut se repentir d'avoir bien fait.

Ce sont presque exactement les mêmes termes que Bouguier emploie. La pollicitation vaut pour des raisons d'équité : « Tout ce que nous avons et possédons est dû à
« la patrie, laquelle emporte les premières parties de l'office
« de piété. Cette volonté étant d'un devoir naturel, elle n'est
« point sujette à être révoquée, car ce serait se repentir
« d'avoir bien fait, et comme disent les canons : *pœnitentiæ*
« *pœnitentia*, qui n'est point admise, étant ce vœu obligatoire,
« comme celui qui est fait à Dieu... »

(1) *Traité des Donations*, Tome I, ch. IV, sect. 1, p. 223.

(2) *Recueil alphabétique des Questions de Droit*, p. 305.

(3) *Collection de décisions nouvelles*. T. III, v^o Pollicitation, p. 530.

Ce sont des arguments analogues que développe Guyot (1). Il estime, quant à lui, que la pollicitation ne s'applique pas en France. Le point de départ de sa dissertation est le suivant : il y a, dit-il, deux sortes de vœux : le vœu solennel qui engage *jure civili*, celui qui l'a fait, et en second lieu le vœu simple : « c'est la promesse à Dieu d'une bonne œuvre à laquelle on n'est point attenu ». « En général, poursuit-il, les effets du vœu simple sont renfermés dans la conscience de celui qui l'a prononcé. La Société n'a point été consultée lorsqu'il s'est agi de le faire, elle ne doit donc pas se mêler de son exécution et par conséquent son exécution ne peut déranger en rien l'ordre qu'elle a établi dans les choses extérieures. Ainsi, un homme aura beau faire vœu de continence, cela n'empêchera point qu'il ne se marie par la suite. Il péchera sans doute, mais ce péché ne liera que sa conscience, et le mariage qu'il aura contracté tiendra. »

Arrivé à cet endroit de son exposé, il aborde le problème de la pollicitation en posant judicieusement les questions qu'elle soulève.

« Si, écrit-il, la société elle-même était l'objet du vœu simple, si son avantage avait été le but de celui qui a fait ce vœu, pourrait-elle en demander l'accomplissement ? Par exemple, je promets de rebâtir une église paroissiale qui tombe en ruine, je fais vœu de laisser aux pauvres une partie de mon bien, cette promesse, ce vœu, produisent-ils une action en justice ? »

Après examen des solutions du Droit romain il conclut par la négative pour les motifs suivants : « ... Les lois du titre *de pollicitationibus* au Digeste, sont opposées à l'usage

(1) *Répertoire de Jurisprudence*. Tome XVII, v^o Vœux, p. 577,

« général du royaume ; si elles pouvaient être adoptées,
« elle renverseraient toute notre législation.

« Les Romains qui avaient élevé des autels à la république, qui considéraient comme acte de religion tout ce
« qui était fait pour la patrie, et qui n'omettaient rien pour
« augmenter en cela la vénération publique, pouvaient
« avoir sur cette matière des principes singuliers : ils pou-
« vaient croire qu'un vœu fait pour l'avantage de la Société
« n'était pas soumis aux formalités des actes ordinaires,
« et rendre, en quelque manière, légitime ce qui ne l'était
« pas. »

« Mais chez nous, précise-t-il, c'est tout autre chose. La
« patrie ne demande point que, pour lui faire des avantages,
« nous ayons plus de liberté que lorsque nous agissons en
« faveur de nos proches ou de nos amis ; elle a appris à ne
« pas vouloir, dans aucun de ses membres, un dépouille-
« ment qu'elle ne pourrait pas souffrir elle-même ; et comme
« le christianisme rend tous les citoyens frères, elle ne veut
« point que le général soit avantagé aux dépens du par-
« ticulier. »

Et il insiste sur cette conception : « ... commencer un
« ouvrage et le laisser imparfait, c'était chez les Romains
« défigurer la ville, et, dans leurs principes, commettre
« une espèce de sacrilège ; ne pas secourir la république, en
« relevant ses édifices, c'était, lorsqu'on l'avait promis,
« commettre une espèce d'impiété. Il n'est pas étonnant
« que dans ces cas Rome ait décidé pour l'obligation. »

Que penser de cette doctrine ? Relevons tout d'abord
que Guyot relie étroitement la pollicitation à la religion ;
c'est du reste au mot « vœu » qu'il traite de la question dans
son ouvrage. La pollicitation pour lui n'est qu'un vœu en
droit français. Il prend son idée pour la réalité en croyant

rendre compte de la même manière de l'institution romaine. Or, chez les Romains, la religion était une chose bien différente de ce qu'on était convenu d'appeler la *pietas*. La religion comportait simplement un hommage et un culte à une nature suprême qualifiée divine. La *pietas* c'était l'ensemble des services et des soins diligents envers la patrie et ceux qui nous sont unis par le sang.

Sans aucun doute la pollicitation romaine comme la plupart des libéralités n'était qu'une application de cet *officium pietatis*, de ce principe élémentaire de droit qui impose et légitime les pensées et les actes de bienfaisance de l'individu à l'égard de ses parents, de sa cité ou de son pays. De là à placer la pollicitation sous la dépendance d'idées religieuses il y a une marge que Guyot franchit allègrement, et à tort. Il s'en aperçoit du reste si bien qu'il reprend l'étude de l'institution chez les Romains et il montre que la pollicitation n'obligeait que si elle était effectuée « à charge de retour ».

« Ainsi, écrit-il, lorsqu'on promettait à la république
« dans le cas de nomination à une dignité, de faire bâtir un
« édifice ou quelque chose de semblable, la pollicitation
« avait une juste cause et liait celui qui l'avait faite, parce
« qu'elle était fondée sur le retour d'une dignité décernée
« ou à décerner. »

Ainsi présentée, cette proposition ne semble pas inexacte, mais Guyot laisse à dessein de côté certaines pollicitations dans lesquelles n'apparaît aucune pensée intéressée : celles qui se produisaient *ob calamitatem*, en cas de calamités publiques, d'incendie ou de tremblement de terre. Son argumentation est donc loin d'être convaincante puisqu'elle n'embrasse pas toutes les données du problème et les plus importantes.

Nous arrivons ainsi sur cette partie doctrinale de notre Ancien Droit aux conclusions suivantes. La pollicitation est une institution romaine ; encore qu'elle n'ait pas été déduite en lois positives, elle est passée dans l'Ancien Droit. Les auteurs posent mal le problème, ils n'opèrent aucune des discriminations que nous avons été conduits à établir. Pour eux, la pollicitation est une, alors que nous avons montré les nombreux aspects qu'elle peut revêtir.

Dire avec Denisart que la pollicitation n'est autre chose qu'une promesse de donner à la république ce qu'elle est en droit d'attendre de nous, c'est adopter une formule un peu vague et susceptible d'être utilisée non seulement vis-à-vis de la république mais aussi à l'égard de la famille ou d'autres groupements. Ce qu'il importe de connaître, c'est le critérium du départ entre tous ces intérêts légitimes quand ils viennent à se heurter et les raisons pour lesquelles certains de ces intérêts sont sacrifiés au bénéfice d'autres.

Les tribunaux ont eu leur mot à dire en la matière et c'est par l'étude de leurs décisions qu'apparaîtra pleinement la réalité de la pollicitation à la lumière des différends auxquels elle a donné naissance.

Le premier arrêt important rapporté par les recueils de Jurisprudence date de 1607 (1). Voici dans quelles conditions il intervint.

M. Amiot, évêque d'Auxerre, avait acheté une place pour bâtir un collège dans sa ville épiscopale ; la construction avait effectivement été commencée du vivant de ce prélat, et il avait témoigné, dans un procès qu'il avait eu sur un autre objet contre les officiers municipaux, qu'il

(1) MERLIN, *op. cit.*, p. 305 ; GUYOT, *op. cit.*, p. 579 ; ROUSSEAU DE LA COMBE, *Recueil de Jurisprudence*, v^o Pollicitation, p. 499 ; RICARD, *op. cit.*, p. 223.

avait fait cette dépense pour gratifier la ville. Après sa mort, les héritiers revendiquèrent le bâtiment et obtinrent une sentence conforme à leur prétention. La ville fit appel de cette décision, mais avant que l'appel ne vînt devant les seconds juges, un des héritiers fit, avec le maire et les échevins, une transaction, par laquelle il leur céda le bâtiment litigieux, à la charge de faire dire chaque année quatre obits pour le feu évêque, et d'entretenir dans le collège un principal et un nombre suffisant de professeurs aux frais de la ville. L'arrêt infirma la sentence et l'on ordonna que le bâtiment demeurerait à la ville comme collège, sous les charges portées par la transaction.

Guyot, qui cite cet arrêt, déclare qu'on ne peut en tirer aucune déduction quant à l'admission par les juges d'une pollicitation valable. Tel n'est pas notre avis, et pour s'en convaincre il suffit de constater que la transaction finalement homologuée par la Cour n'avait été passée que par un seul des héritiers ; les autres n'avaient point été consultés, et en tout cas ils entendaient revendiquer la propriété de l'immeuble litigieux. Ils n'eurent pas gain de cause et la simple affirmation de l'évêque qu'il avait acheté une place dans le but de gratifier sa ville fut seule prise en considération, ainsi que le commencement d'exécution des travaux.

La seconde espèce tranchée par les tribunaux est du 13 juin 1657 (1). Un sieur Lorton avait obtenu du roi certaines rentes pour l'établissement d'une mission à Crécy ; dans cette intention il les garantit à l'évêque de Meaux. Après quoi il en donna la moitié à l'hôpital de la ville et garda le reste. Le tribunal, saisi à la requête de l'évêque à

(1) GUYOT, *op cit.*, p. 579 ; DENISART, *op cit.*, p. 520 ; RICARD, *op. cit.*, p. 224 ; ROUSSEAU DE LA COMBE, *op. cit.*, p. 500.

qui les rentes avaient été promises, condamna Lorton à exécuter sa promesse.

L'arrêt célèbre du 3 avril 1726 (1), rendu dans l'affaire qu'on a appelée « La cause de Dieu », mérite plus d'attention.

Un certain Paul Duhalde, joaillier à Paris, avait écrit sur son journal, le 24 septembre 1719, que dès ce moment il y aurait société entre Dieu et lui pour cinq ans « promettant et faisant vœu d'en accomplir les articles » ; ce terme expiré, il fait ses comptes desquels il résulte qu'il doit à Dieu un nombre considérable de pierreries. Il termine son compte ainsi : « Malheur et malédiction à mes héritiers, « quels qu'ils soient, qui, sous quelque prétexte que ce « puisse être, ne donneraient pas aux pauvres la moitié « de ce qui proviendra de tous les susdits articles de pier-
« reries, si Dieu disposait de moi avant que j'eusse satisfait « par moi-même, encore même que mon bien se trouvât, « par quelque événement extraordinaire, réduit à la seule « somme qui leur serait due, puisqu'elle doit être considérée « comme un dépôt qu'il faut indispensablement rendre. » Quelque temps après, Duhalde fait un testament par lequel il déclare que sur les livres qui font mention de ses affaires, il y a plusieurs articles qui intéressent les pauvres. Il prie son exécuteur testamentaire d'examiner ces articles avec toute l'exactitude possible, et de les faire exécuter dans toute leur étendue. Deux mois après il décède, laissant une veuve mineure et un enfant âgé de trois ans. On procède à l'inventaire en présence des administrateurs de l'hôpital général. Parmi les effets du défunt, on trouve des pierreries enveloppées, et pour étiquette « moitié avec les pauvres ». On consulte le journal, et l'on y voit un état de dettes

(1) GUYOT, *op cit.*, p. 579 ; DENISART, *op cit.*, p. 531.

passives, dans lequel est porté ce que le défunt devait aux pauvres.

Les choses en cet état, les administrateurs formèrent une demande contre le tuteur à ce qu'il eût à remettre à l'hôpital général la moitié des diamants revenant aux pauvres dans la société ou leur montant qui, suivant estimation, s'élevait à 18.888 livres.

La cause fut portée en l'audience de la Grande Chambre, M. Blaru, avocat des administrateurs, disait que la société dont il s'agissait pouvait être envisagée, ou comme un vœu et pollicitation, ou comme un legs, et que sous ce double point de vue, le droit des pauvres à la somme demandée en leur nom était incontestable.

M. Pillon, qui défendait la veuve et l'enfant mineur, soutenait, au contraire, que la disposition de Duhalde était nulle. La regardera-t-on, disait-il, comme une société ? Mais on ne stipule point avec Dieu, il n'y a point d'obligation de la part de Dieu, il n'y en peut point avoir ; cette proposition est dans l'essence de Dieu même, et cela s'entend par relation aux pauvres. Dira-t-on que cette disposition reçoit par la religion du vœu, une force qu'elle n'a point par elle-même ? Mais tout le monde sait qu'il y a deux sortes de vœux, le simple et le solennel, et que le premier n'oblige point dans le for extérieur. Enfin, ajoutait-il, le testament est relatif à la société, il ne fait que la confirmer, et puisque la société est nulle, la confirmation qui en est faite ne peut être valable.

L'arrêt admit les conclusions des administrateurs de l'Hôpital général et fit droit à leur demande, sur les conclusions conformes de l'avocat général M. d'Aguesseau. Le futur chancelier, avait tout d'abord fait observer que la disposition de Duhalde ne pouvait valoir, ni comme

société, ni comme donation entre vifs. Puis il avait entrepris de prouver qu'elle devait avoir son effet comme pollicitation.

Le dernier arrêt intéressant rendu en la matière date du 31 août 1734 (1). Voici dans quelles circonstances il intervint.

Par acte du 14 juillet 1710, les maire et échevins de la ville de Château-Gontier nommèrent un certain Gilles Marais, Principal irrévocable du Collège de cette ville, et par le même acte, Gilles Marais fit donation entre vifs et irrévocable à ce collège de tout son mobilier et de tous ses acquets présents et futurs, qu'il avait et aurait au jour de son décès, et il entra en fonctions le 25 du même mois. Après son décès, survenu le 29 décembre 1733, ses héritiers contestèrent cet acte, motif pris de ce qu'il n'était point revêtu des formalités des donations, ni des testaments. La Grand'Chambre déclara néanmoins l'acte valable, comme étant une pollicitation.

En conclusion, de ces quatre arrêts relatifs à la pollicitation se dégagent certaines remarques.

La première, c'est que les tribunaux de l'époque admettaient très bien qu'on basât une plaidoierie sur la pollicitation ; le Ministère Public les suivait dans cette voie et il semble indiscutable que les arrêts précités n'aient d'autre fondement juridique que la pollicitation. L'institution était donc certainement passée dans notre Ancien Droit.

En second lieu, il convient d'observer que ses caractères s'affinent. Entre l'individu et l'Etat des groupements intermédiaires prennent place. L'opposition brutale entre l'intérêt particulier et l'intérêt public s'adoucit de l'existence d'intérêts intermédiaires. L'arrêt Amiot reste à ce

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, *op cit.*, p. 500.

point de vue dans la ligne romaine, puisqu'il s'agit d'une promesse faite à une ville, mais dans l'affaire Lorton on s'en écarte ; cette fois, c'est une promesse adressée à un particulier, mais qui représente officiellement un organisme de Droit public : l'Eglise. Tout autant significatif l'arrêt Duhalde : les pauvres constituaient jadis une véritable collectivité dont les administrateurs des hôpitaux étaient les représentants autorisés. De même dans l'arrêt de Château-Gontier : il y a là une libéralité adressée à un corps constitué.

Enfin, troisième ordre de constatations. La jurisprudence ne nous offre aucun cas de pollicitations *ob calamitatem*. La promesse basée sur une *justa causa* n'apparaît que dans l'arrêt de Château-Gontier : elle constitue ici une pollicitation *ob honorem* ; l'*honor* étant figuré dans cette espèce par l'accession de Gilles Marais aux fonctions de principal irrévocable du collège de la ville. Le seul fait que cette nomination soit accolée dans un même acte à la donation de Gilles Marais ne saurait laisser subsister aucun doute à cet égard.

Au contraire, dans les trois premiers arrêts que nous avons rapportés, c'est le commencement d'exécution de la promesse qui amène l'engagement définitif du pollicitant.

L'affaire Amiot est très nette sur ce point : non seulement l'évêque d'Auxerre avait acheté la place pour bâtir le collège, mais, bien mieux, la construction avait été commencée du vivant du prélat.

Le commencement d'exécution est plus délicat à découvrir dans les deux autres affaires. Dans l'espèce Lorton il réside, semble-t-il, dans le versement des deniers à Lorton. Il est encore plus ténu dans l'affaire Duhalde ; la promesse de Duhalde de donner la moitié de ses pierreries aux pauvres

était inscrite sur son journal ; à elle seule elle n'aurait point suffi et n'aurait pu être considérée que comme une promesse *sine causa* ; mais Duhalde avait pris la précaution d'envelopper ses pierres précieuses et d'inscrire sur ce paquet « moitié avec les pauvres ». C'est là que réside le commencement d'exécution. Il semble bien faible, mais nous nous souvenons que c'est le Droit Romain lui-même qui nous a engagés dans cette voie. Nous savons, en effet, combien minutieusement il tentait de déceler tout acte susceptible d'être considéré comme un commencement d'exécution. La simple désignation au donateur d'un terrain sur lequel devait s'élever l'ouvrage promis était, aux yeux des Romains, un commencement d'exécution qui engageait irrévocablement le pollicitant.

Notre Ancien Droit n'a pas marqué le point final de cette évolution dont la caractéristique la plus remarquable est a valeur accordée au commencement d'exécution.

La question qui se pose ici est celle de savoir pour quelles raisons législateurs et magistrats ont fait bénéficier le commencement d'exécution d'une force probante inattaquable.

Sans doute, en termes généraux, nous pourrions affirmer que le commencement n'est que le signe auquel on reconnaît la constance de la volonté du donateur. Et ainsi nous nous rattacherions directement aux règles qui, à toute époque, ont eu pour but de s'assurer que la volonté du donateur avait été bien réfléchie.

Mais ce désir des législateurs antiques ou modernes et dont les dispositions relatives aux donations et aux testaments sont tout particulièrement imprégnées, se heurte, lors des pollicitations, à une idée qui vise à un résultat opposé : celle qui tend à valider le plus grand nombre, et

le plus rapidement possible, de ces promesses, aux fins d'intérêts collectifs. Si bien qu'avec ce correctif le commencement d'exécution revêt un aspect différent de celui que nous serions en droit d'espérer.

Du moment qu'un individu a commencé à exécuter l'ouvrage qu'il a promis, fût-ce *sine causa*, de construire, il est bien évident que cette promesse a dépassé le stade de la velléité pour pénétrer dans celui de l'acte effectif. La volonté du promettant est donc à la fois assurée en elle-même et établie à l'égard de tous.

Mais l'originalité de la pollicitation provient de ce que le commencement d'exécution peut exister en fait indépendamment de la volonté du promettant. Ayons toujours présents à la mémoire les exemples romains. Une personne s'engage à bâtir un édifice pour une cité, elle n'est pas engagée définitivement ; mais si la ville indique au promettant le terrain qui devra porter la construction, cette désignation est considérée comme un commencement d'exécution, bien qu'elle ne soit pas le fait du pollicitant, et le donateur est irrévocablement engagé.

Autre exemple que nous avons déjà rapporté : une personne promet d'édifier tel ouvrage puis s'abstient d'exécuter sa promesse ; devant cette carence d'autres personnes ou bien la cité elle-même font construire à leurs frais l'édifice en question : ce commencement d'exécution réalisé à l'insu même du promettant originaire suffit pour valider sa promesse.

On peut se demander alors pour quels motifs un semblable commencement d'exécution dans lequel le promettant n'est pour rien vaut comme s'il émanait directement de lui. La raison de l'élargissement de la notion de commencement d'exécution provient de ce qu'avec la pollicitation nous

sortons du domaine du droit privé pour aborder déjà celui du droit public, et surtout de ce que le promettant ne traite pas sur un pied d'égalité avec le bénéficiaire de la promesse ; il n'y a pas un individu vis-à-vis d'un autre individu, un donateur et un donataire, mais un promettant par rapport à une cité ou à une collectivité.

Qu'un donateur de mauvaise foi n'accomplisse pas la donation qu'il a promise à une autre personne, en toute hypothèse il ne lésera que cette dernière. Mais le pollicitant qui refuserait de réaliser une promesse de donation à sa cité porterait préjudice non pas seulement à un individu, mais à la cité tout entière, à tous les citoyens qui la composent. Et cette collectivité, le législateur la considère favorablement.

Libre au promettant de ne pas promettre ; mais s'il le fait, il risque à chaque instant de voir sa promesse prise au sérieux et d'être contraint de l'accomplir.

Au fond, on se soucie peu de savoir si l'individu a fortement et consciemment voulu la donation qu'il a promise, l'intérêt collectif étant généralement regardé comme supérieur aux intérêts privés, il est du bien public que cette donation se réalise.

Et c'est cette considération qui, à elle seule, explique et justifie la pollicitation. A partir du moment où l'on admet la supériorité de l'intérêt public sur les intérêts privés, la pollicitation a sa place marquée dans les institutions juridiques. Dès qu'une distinction est opérée entre le particulier et le général, au profit de ce dernier, une législation conçue pour l'un ne saurait être appliquée à l'autre.

D'Aguesseau, alors avocat général, déclarait en effet à l'audience du Parlement de Paris, le 3 avril 1726 :

« La pollicitation, est l'obligation de faire ou donner

« quelque chose, obligation qu'un particulier contracte
« envers le public par le seul fait. L'objet de la pollicitation
« est une libéralité à un corps, à une ville, à une église.
« Comme elle concerne l'intérêt public, on doit lui donner
« toute la faveur possible ; pour la rendre valable, il n'est
« point nécessaire qu'elle soit rédigée par écrit, elle n'est
« astreinte à aucune solennité de forme. L'obligation sub-
« siste, dès que la volonté est constante ; c'est pourquoi
« elle se contracte par le seul fait... Cette obligation ainsi
« contractée, produit une action civile, tant contre celui
« qui s'est obligé, que contre ses héritiers, pour le contraindre
« à exécuter ce qu'il a promis, ou à achever ce qu'il a com-
« mencé... Les pollicitations ont cela de commun avec les
« donations entre vifs, qu'elles sont irrévocables ; en sorte
« qu'une donation postérieure à la pollicitation, n'y peut
« préjudicier, et qu'elle est révoquée de plein droit, afin que
« la pollicitation puisse avoir son effet. »

Ainsi définie, la pollicitation apparaît intimement liée à l'intérêt public. Tout ce qui rentre dans les besoins de la Société est susceptible d'être satisfait par la pollicitation. L'intérêt public est le but de la pollicitation. Sans doute une donation entre vifs, un legs peuvent jouer le même rôle que la pollicitation, mais nous savons que la validité de l'un et de l'autre est subordonnée à l'accomplissement de formalités nombreuses qui sont autant de causes d'inexistence ou d'annulation. Chaque fois que l'on aura en vue de gratifier le public, et seulement à cette fin, la pollicitation permettra d'y parvenir beaucoup plus aisément qu'aucune autre institution.

Une fois admis que le domaine de la pollicitation déborde celui étudié couramment en droit privé, les difficultés d'explication disparaissent. Et c'est le grand tort des

commentateurs de cette institution que d'avoir cherché en civilistes des justifications plus ou moins juridiques à la validité de la pollicitation. Denisard, Merlin et Bouguier notamment, sont tombés dans cette erreur en voulant faire de la pollicitation le paiement d'une sorte d'obligation naturelle puisque, selon eux « tout ce que nous avons est dû à la patrie » et que « la pollicitation n'est autre chose qu'une promesse de donner à la république ce qu'elle est en droit d'attendre de nous ». Guyot avait infiniment mieux vu le problème et s'il concluait à l'inexistence de la pollicitation dans l'Ancien Droit, c'était, nous nous en souvenons, parce qu'il déniait au général la supériorité sur le particulier.

Mais toutes les donations ne sont pas bonnes à recevoir, certains ouvrages promis sont inutiles ; les représentants de la cité ou les particuliers n'en commenceront donc pas une exécution, qui aurait pour conséquence de contraindre le promettant à une réalisation superfétatoire.

Certes, si le promettant achète un terrain et y construit un édifice qu'il offre à la cité, on ne peut l'en empêcher, mais il est toujours possible de le refuser. La difficulté de forcer le promettant à tenir sa promesse est résolue par le commencement d'exécution qui, en fait, joue le rôle d'une acceptation tacite. Car pour être unilatéral un acte peut néanmoins impliquer l'acceptation de la personne à laquelle il est adressé puisqu'on ne saurait faire bénéficier d'un droit quiconque n'y consentirait.

En définitive, la situation est susceptible d'être concrétisée de la manière suivante :

Ou le promettant exécute sa promesse complètement, et il appartient à la cité d'apprécier l'opportunité de la donation.

Ou le promettant n'exécute l'ouvrage promis que par-

tiellement, ou même ne l'exécute pas du tout; et alors si la cité désire accepter la promesse de donation, dans le premier cas le promettant est obligé sans espoir de dégagement puisqu'il a lui-même commencé d'exécuter, dans le second la réalisation de la donation dépendra de la cité ou des citoyens ; qu'elle désigne un emplacement, qu'ils participent à la construction, et le promettant se trouvera définitivement rivé à son engagement.

Telles sont, brièvement condensées, les remarques que l'on peut tirer de l'étude comparée de la législation romaine et de la jurisprudence de l'Ancien Droit.

Si l'on veut synthétiser l'histoire juridique de la pollicitation en Droit Romain et dans l'Ancien droit, on dira que cette institution tend de plus en plus à s'élargir, et par les personnes auxquelles elle est adressée, les cités romaines sont devenues les personnes morales de droit public de l'Ancien Droit, et par l'impossibilité toujours grandissante pour le pollicitant de se dégager de sa promesse grâce à l'évolution extensive de la notion de commencement d'exécution, évolution continue dont nous ne tarderons pas à retrouver la trace en Droit moderne.

CHAPITRE II

L'ORDONNANCE DE 1731 ET LE CODE CIVIL

L'Ordonnance de 1731 vint renverser toute cette construction. Dans son article 3 elle décide : « Qu'il n'y aura « plus à l'avenir dans le royaume que deux manières de « disposer de ses biens à titre gratuit, savoir : la donation « entre vifs et la donation par testament ». Et pour cela elle abroge, article 47, toutes ordonnances, lois, coutumes, statuts et usages, contraires à cette règle.

Que doit-il dès lors advenir de la pollicitation ? La Doctrine se scinde en deux parties. Certains commentateurs, en particulier les jurisconsultes parisiens, soutiennent que, la pollicitation étant de droit public, une loi de droit privé ne peut y déroger ; pour d'autres, au contraire, la pollicitation est morte.

Le Parlement de Normandie montra à deux reprises qu'il partageait ce dernier point de vue.

Le premier arrêt qui en fait foi fut rendu dans la cause suivante. Le curé de Saint-Eloi de Rouen avait promis 5.000 livres à son église, si les trésoriers ou marguilliers faisaient construire une autre chaire à prêcher, et achetaient une lampe pour brûler perpétuellement devant le Saint Sacrement ; il en avait signé la promesse sur les registres du trésor. Cependant, étant décédé quelque temps après, ses héritiers furent déchargés, par arrêt du 13 mai 1734 (1),

(1) GUYOT, *op cit.*, p. 580.

de la poursuite que faisaient les trésoriers pour être payés.

L'autre affaire fit davantage de bruit : le 23 avril 1733, M. Le Normand, évêque d'Evreux, annonça par un mandement en forme, aux chapitres, abbés, prieurs et curés de son diocèse, qu'il s'était déterminé à faire à ce diocèse le présent de sa bibliothèque, sous la direction et l'administration de la Chambre diocésaine. Et comme il désirait qu'on prît, avec lui et avec la Chambre diocésaine, les moyens nécessaires pour conserver à la postérité ce précieux dépôt, pour l'augmenter et en choisir l'emplacement, il convoqua une Assemblée générale, au 19 du mois suivant. On arrêta un modèle de procuration, qui fut envoyé avec le mandement aux personnes convoquées. Selon ce modèle, leur procureur devait être nommé « pour approuver et « recevoir en leur nom, au nom de tout le diocèse, le grand « et magnifique présent que le prélat voulait bien leur faire ». Le procureur était en même temps autorisé à délibérer et arrêter avec l'Assemblée « sur tout ce qui conviendrait pour « la réception d'un si précieux présent, de son entretien, « augmentation, emplacement et généralement sur tout « ce qui pourrait être proposé pour rendre cet établissement « solide et permanent ».

M. l'évêque d'Evreux ayant été surpris par la mort, le 7 du même mois de mai 1733, sans avoir eu le temps de faire aucune disposition relativement à l'état de ses affaires, la bibliothèque qu'il avait promise resta dans sa succession,

Au mois de janvier 1734, Blanche le Normand, veuve du sieur Alleaume, trésorier de France, et héritière du défunt, fit assigner, aux requêtes du Palais de Rouen, les doyen, chanoine et chapitre d'Evreux pour avoir délivrance de cette bibliothèque, comme tombée dans la succession *ab intestat*. M. de Rochechouart, successeur de M. Le Normand

à l'évêché d'Evreux, intervint dans la cause, et il y eut sentence, entre toutes les parties, qui adjugea à la dame Alleaume ses fins et conclusions.

M. de Rochechouart, tant pour lui que pour le clergé de son diocèse, appela de cette sentence au Parlement de Rouen.

La cause portée à l'audience de la Grand'Chambre, l'avocat de l'appelant déclara d'abord qu'il réclamait la bibliothèque en question, non comme une donation ou autre libéralité de feu M. Le Normand, mais comme une dette de ce prélat à la religion et à la patrie, et il soutint en conséquence, muni d'une consultation de quinze des plus célèbres jurisconsultes de Paris, que le mandement était un vœu obligatoire, une pollicitation autorisée par les lois.

Il s'attendait bien à ce qu'on lui objecterait l'article 3 de l'ordonnance de 1731. Voici ce qu'il répondait : « Cette loi n'a été arrêtée que pour les dispositions gratuites, « *nullo jure cogentes*, de particulier à particulier, et non pour « celles qui sont faites comme une espèce de paiement à la « république ou à la religion *jure naturali jubente*. La polli- « citation n'ayant pour objet que la cause publique, sub- « siste d'elle-même, parceque, ce qui était en droit public « est en soi une loi, tant qu'il n'y est pas expressément « dérogé par une disposition d'ordonnance et de coutume. »

Cette argumentation, pour très forte qu'elle paraisse, ne convainquit pas les magistrats du Parlement de Rouen, qui nonobstant ces raisons, par arrêt du 31 mars 1735 (1), confirmèrent la sentence qui avait adjugé la bibliothèque à la dame Alleaume.

Désormais la pollicitation est morte, et notre Ancien

(1) GUYOT, *op cit.*, p. 580 ; ROUSSEAU DE LA COMBE, *op cit.*, p. 499.

Droit persévérera dans cette attitude (1). La Doctrine, malgré la vive opposition des jurisconsultes parisiens, se ralliera à ce point de vue en se basant sur l'article 3 de l'Ordonnance de 1731. Les commentaires de Bergier et de Pothier sont symptomatiques à cet égard.

« On ne doit plus mettre en question s'il y a des pollicitations obligatoires dans notre droit français, écrit Pothier (2), l'ordonnance de 1731, article 3, ayant déclaré qu'il n'y avait plus que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament, il s'ensuit qu'elle rejette la pollicitation. »

Bergier, commentateur de Ricard, n'est pas moins formel. Et l'intérêt de sa remarque réside dans les fondements qu'il lui donne, en rattachant la disparition de la pollicitation non à l'article 3 de l'Ordonnance, mais aux articles 5 et 14.

« Les donations entre vifs, déclare-t-il (3), même celles qui seraient faites en faveur de l'Eglise, ou pour causes pies, ne peuvent engager le donateur, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles ont été acceptées (art. 5 de l'Ordonnance de 1731).

« Les mineurs, les interdits, l'Eglise, les hôpitaux, les communautés ou autres, qui jouissent des Privilèges des Mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation des donations entre vifs, le tout sans préjudice du recours, tel que de droit, desdits mineurs ou interdits contre leurs tuteurs ou curateurs, et lesdites églises, hôpitaux, communautés ou autres jouissant des Privilèges des Mineurs, contre leurs administrateurs ;

(1) V. notamment arrêt « le Clerc », 26 avril 1758 (DENISART, *op. cit.*, p. 531), et arrêt « des biens nationaux », du 15 ventôse, an X (MERLIN, *op. cit.*, p. 295, § 2).

(2) *Traité des Obligations*. Tome I, p. 6.

(3) RICARD, *op. cit.*, p. 225.

« sans qu'en aucun cas la donation puisse être confirmée
« sous prétexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels
« ledit recours pourra être exercé. » Ce sont les propres
expressions de l'article 14.

« D'après ces dispositions si impérieuses et si générales, il
« n'est plus de donation, quelque favorable qu'elle soit, qui
« puisse subsister sans acceptation. Les mineurs, les inter-
« dits, l'Eglise, la cause pie sont soumis à la loi commune :
« le public » même n'en est pas exempt, d'où reste à conclure
« avec Furgole sur cet article 5, et Pothier dans ses œuvres
« posthumes, que les pollicitations ne peuvent plus aujour-
« d'hui produire d'engagements... »

Cette dissertation semble judicieuse. Elle fait apparaître avec clarté la pensée du législateur. Si l'article 3 est bien conçu comme l'expose Pothier, il importe de le comparer à l'article 1^{er} de l'Ordonnance aux termes duquel les donations entre vifs ne pourront être accomplies que par acte notarié. Or, les donations mobilières font exception à cette règle, la simple tradition les rend parfaites. Bergier observe à cet égard que l'Ordonnance est muette sur ce point et qu'elle n'apporte aucun changement à l'exception. C'est là, sans aucun doute, une interprétation singulière. A prendre le texte de l'Ordonnance au pied de la lettre, c'est faux. Et cependant il est certain (1) que le législateur n'a pas voulu englober les dons manuels dans sa réglementation des donations entre vifs.

L'affirmation de Pothier relativement aux pollicitations n'en apparaît que plus incertaine. Quand une disposition

(1) V. la lettre de d'Aguesseau du 25 juin 1731, destinée à servir de commentaire à l'Ordonnance, et qui déclare notamment : « A l'égard du don qui se consommerait sans acte, par la tradition réelle d'un meuble... l'art. 1^o de l'Ordonnance n'a point d'application. »

légale est formelle et que néanmoins une exception est admise à la règle, c'est la porte ouverte à d'autres exceptions, et la loi n'est plus absolue. On comprend dès lors mal la doctrine de Pothier quand il explique la disparition de la pollicitation par l'article 3 de l'Ordonnance, puisque cet article est intimement lié à l'article 1^{er} et qu'une exception certaine dément la rigidité de cette disposition légale.

Le commentaire de Bergier est plus près de la vérité. Il tient compte de la nature de la pollicitation. Il n'essaie pas de rattacher la disparition de cette institution à un article dont il sait qu'il n'est pas absolu. La pollicitation différant de la donation par l'inutilité de l'acceptation en tant que condition de validité, Bergier déduit logiquement des dispositions expresses des articles 1^{er}, 5 et 14 que la pollicitation ne saurait plus produire d'engagement sans acceptation.

Sans doute cette argumentation, pour plus exacte qu'elle paraisse, n'est basée que sur des commentaires littéraux, et il n'est pas certain qu'elle correspondît, même à l'époque, à l'intention du législateur. Quoi qu'il en soit, l'Ordonnance de 1731, dans ses lignes générales, est passée dans le Code Civil. Et aucune solution de continuité ne semble s'être créée dans l'interprétation que les tribunaux ont donné à ces deux monuments juridiques quant à l'existence et à la validité de la pollicitation.

Le Code Civil reprit, en effet, presque mot pour mot les dispositions qu'avait établies l'Ordonnance de 1731 et qui avaient été sanctionnées par les arrêts précédemment étudiés. L'article 893 notamment n'est que la reproduction à peu près intégrale de l'article 3 de l'Ordonnance, et l'article 932 celle de l'article 5.

Il semble donc bien que la question soit toute résolue

et que la pollicitation doive être définitivement rayée du vocabulaire des libéralités.

Cependant il n'en est rien, et nous verrons dans une série d'arrêts que la seule explication logique et juridique est d'admettre une sorte de résurrection de la pollicitation. Sans doute, les tribunaux n'emploient ils plus le mot : on parle alors de soumission ou de souscription, sans doute aussi s'ingénient-ils à baser leurs décisions sur d'autres fondements, on dira que les contrats litigieux sont intervenus non à titre gratuit, mais à titre onéreux ; toujours est-il que les règles dégagées sur la pollicitation sont très exactement applicables à certains jugements.

Bien mieux, le législateur consacrera indirectement cette interprétation et la Doctrine même constatera le lien étroit qui rattache ces sortes de libéralités à l'intérêt du public.

CHAPITRE III

LES TENTATIVES FAITES DANS LE DROIT MODERNE POUR RENOUER LA TRADITION ROMPUE PAR L'ORDONNANCE DE 1731.

SECTION I

Des donations par souscription proprement dites

C'est à l'occasion de deux affaires retentissantes que la Cour de Cassation affirme son point de vue et se trace une ligne de conduite dont elle ne semble plus s'être départie.

Dans la première de ces affaires il s'agissait d'un individu très riche, le sieur Bardet, qui s'était engagé envers une fabrique à prendre à sa charge les frais de fonte d'une sonnerie. Les cloches exécutées, Bardet, prétendant que dans l'établissement de la dite sonnerie, le fondeur n'avait pas rempli ses engagements, refusa de verser le prix convenu. Il demanda la nullité de son écrit qui, déclarait-il, présentait tous les caractères d'une donation nulle : 1^o comme non faite en la forme authentique ; 2^o en raison du défaut de déclaration d'acceptation expresse et d'autorisation du gouvernement. La fabrique répondit que le traité litigieux constituait entre toutes les parties un contrat commutatif non soumis à la condition d'authenticité, ni à l'acceptation, pas plus qu'à l'autorisation prescrite par les articles 910 et 937 du Code Civil.

Le tribunal de Clamecy (1), saisi de la demande du sieur

(1) 3 mai 1861 (D. 63. 1. 402).

Bardet, l'accueillit, mais, sur appel, la Cour de Bourges (1) condamna la veuve du sieur Bardet, alors décédé, à s'exécuter. Et voici dans quels attendus est rédigé l'arrêt :

« Attendu que..., quelque part qu'on fasse à la pensée
« de bienfaisance qui pouvait l'animer, Bardet... stipulait
« non pas même pour une sonnerie quelconque... sans autre
« but que l'intérêt général, mais uniquement pour le réta-
« blissement, dans des conditions spéciales et singulière-
« ment onéreuses, de l'ancienne sonnerie de la paroisse,
« telle qu'il la rêvait dans les vagues réminiscences de son
« jeune âge, telle qu'il la lui fallait et qu'il la voulait pour
« la satisfaction de sa fantaisie ou sa vanité de million-
« naire... »

Pourvoi de la veuve Bardet. La Cour de Cassation (2) le rejette.

« Attendu, précise-t-elle, que dans l'espèce il s'agit non
« d'une libéralité telle que la définit l'article 894, mais d'un
« contrat commutatif ; ...qu'il n'appartient qu'à la partie
« qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équi-
« valent de ce qu'elle lui donne ; que, dans la cause, l'arrêt
« déclare que Bardet, possesseur d'une fortune considérable,
« n'avait consenti à concourir au rétablissement de la
« sonnerie qu'en imposant à la fabrique des conditions
« onéreuses, dans le but unique de satisfaire son caprice,
« sa fantaisie ou sa vanité... »

La seconde affaire est encore plus intéressante : le 2 août 1914, un sieur Bailly, conseiller municipal de Nancy, adressait au maire de cette ville, par l'intermédiaire du préfet de la Haute-Marne, un télégramme ainsi conçu : « Bailly, actuel-
« lement retenu Chaumont, met à votre disposition, pour

(1) 12 février 1862 (D. 63. 1. 402).

(2) 14 avril 1863 (D. 63. 1. 402).

« familles nécessiteuses dont chefs ou soutiens sont mobilisés, une somme de 100.000 francs. N'ayant plus d'obligations militaires depuis ma réforme pour raison de santé, ma place serait actuellement au Conseil municipal de Nancy. Je regrette d'être bloqué à Chaumont, où j'ai dû conduire M^{me} Bailly, gravement malade. Pour le cas peu probable où vous auriez besoin immédiatement de cette somme en espèces, vous n'auriez qu'à vous adresser à la Société Générale, que j'avise par ce même courrier. »

Le 7 août 1914, dans une séance à laquelle assistait Bailly, le Conseil municipal accepta cette libéralité et adressa ses remerciements au donateur pour son acte de munificence en faveur des familles nécessiteuses dont les pères et les fils étaient appelés au service de la Patrie. Le 12 août 1914, à une autre séance du Conseil municipal, à laquelle assistait également Bailly, le maire fit connaître qu'une souscription était ouverte au secrétariat de la mairie pour les blessés et les indigents. Mais la ville de Nancy ne put encaisser la somme promise parce que la Société Générale qui avait mandat de payer invoqua le moratorium.

Le 7 avril 1915, Bailly manifesta l'intention de révoquer la libéralité qu'il avait librement consentie, en écrivant au maire ce qui suit : « Au début de la mobilisation, j'avais mis à la disposition de la ville une somme de 100.000 francs pour le cas où une souscription aurait été ouverte en faveur des familles nécessiteuses de mobilisés. J'ignorais, du reste, à ce moment, l'existence du secours légal de l'Etat. En raison de ce secours et sur les conseils de M. le préfet, la ville a renoncé à une souscription de ce genre : mon offre était donc devenue sans objet. »

Bailly persista dans cette attitude malgré une mise en demeure de se libérer. C'est dans ces conditions que la ville

de Nancy l'assigna en payement de la somme de 100.000 fr. qu'il s'était engagé à verser.

L'affaire vint devant le tribunal de Nancy, le 30 juillet 1919 (1). Bailly soutenait que la somme par lui souscrite constituait une promesse de donation nulle pour le défaut d'authenticité. Le tribunal ne le suivit pas dans cette voie pour deux raisons :

Tout d'abord il sembla croire que la souscription de Bailly pouvait être analysée en un don manuel encore que la tradition de la somme offerte à la ville n'ait pas eu lieu, motif pris de ce que, si le versement n'avait pas été effectué, c'était par suite de faits absolument indépendants des parties en cause (le moratorium invoqué par la banque).

La deuxième base de la décision est contenue dans l'attendu suivant :

« Attendu qu'il est de Jurisprudence constante que ce
« contrat [le contrat de souscription] n'est pas assujetti
« aux formes des donations et peut résulter d'un acte sous
« seings privés, ou même d'une convention verbale... »

Et le tribunal de condamner Bailly à verser la somme litigieuse. Bailly interjeta appel, vainement : la Cour de Nancy confirma le jugement entrepris par arrêt en date du 17 mars 1920 (2).

Cet arrêt mérite de retenir l'attention.

La Cour commence par rejeter la théorie du don manuel que le tribunal avait sans aucune chance de succès élaborée. On ne pouvait, en effet, parler de don manuel puisque l'élément essentiel de ces sortes de libéralités est la tradition et qu'il était constant qu'elle n'avait pas eu lieu.

Puis, elle pose le principe suivant : « Attendu, dit-elle,

(1) D. 20. 2. 65.

(2) D. 20. 2. 65.

« que la souscription ne donne pas seulement naissance à
« un engagement d'honneur, mais encore à un engagement
« juridique ; que les règles qui la régissent ne sont pas
« inscrites au titre *des donations*, mais à celui *des obligations*,
« qu'elle est un contrat innomé de bienfaisance à l'égard
« de l'organisateur, et que ce contrat innomé n'est assujetti
« à aucune forme spéciale... »

Sans rechercher, du moins pour l'instant, si est exacte la définition que la Cour de Nancy donne du contrat de souscription, notons immédiatement la grave erreur de fait qu'elle commet. Bailly avait promis 100.000 francs à la ville de Nancy pour qu'elle les distribue aux familles nécessiteuses dont les pères ou soutiens étaient mobilisés. Un point, c'est tout. Voilà ce qu'on est convenu d'appeler une souscription. La Cour est allée plus loin, et à côté ; prenant appui sur l'ouverture, du reste postérieure à la promesse de Bailly, d'une souscription publique ayant le même objet que la libéralité souscrite par Bailly, elle s'abuse en confondant les situations et en rapprochant les termes qui ne visent pas une opération identique. Il y avait, en effet, d'une part, la souscription, la promesse — le nom importe peu — de Bailly à la ville de Nancy, et, de l'autre, une souscription publique ouverte par cette même ville. Bailly ne pouvait évidemment pas se référer à une souscription publique inexistante au moment où il accomplissait son geste libéral. La Cour a tout mélangé et a traité Bailly comme s'il était un souscripteur à la souscription publique que la ville avait organisée. C'est là, cependant, une question différente et sur laquelle nous reviendrons.

La Cour de Cassation (1), saisie du pourvoi interjeté par Bailly, est encore plus sybilline : de quelle souscription

(1) D. 23. 1. 20.

veut-elle parler ? « Attendu, dit l'arrêt, que la souscription par sa nature n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'article 931 du Code Civil pour les actes portant donation entre vifs ; Par ces motifs, rejette... » Considérants bien brefs et qui ne paraissent point faits pour clore la discussion.

Quoi qu'il en soit, nous voici en présence, avec les affaires Bardet et Bailly, de deux arrêts formels, consacrant une promesse, une souscription adressée dans un cas à une fabrique, dans l'autre à une ville et qui semblerait devoir tomber sous le coup en particulier de l'article 931. Néanmoins, il n'en est rien ; les deux souscriptions sont validées, comme dans notre Ancien Droit avant l'Ordonnance de 1731, cependant presque exactement reprise par le Code Civil. Alors ? c'est que la pollicitation des Romains et de notre Ancien Droit n'est pas morte. Elle renaît de ses cendres. Certes, le mot n'est pas employé ; il n'y a plus de pollicitations, mais des promesses, des souscriptions. Qu'importent les termes s'ils recouvrent la même opération ?

L'arrêt Bardet pourrait être placé à côté de l'arrêt Lorton, promesse faite à une personne représentant la personne morale de l'Eglise, la fabrique dans la première espèce, l'évêque dans la seconde.

Mais c'est l'arrêt Bailly qui est le plus symptomatique. Sans aucun doute il se rattache très étroitement à notre tradition d'avant 1731. C'est un cas typique de pollicitation *ob calamitatem*. La libéralité de Bailly n'est autre qu'une promesse de donation adressée à une cité à l'occasion d'une *calamitas*, en l'occurrence la plus tragique et la plus horrible : la guerre.

Ainsi, nulle hésitation n'est possible : la pollicitation,

malgré l'Ordonnance de 1731, malgré le Code Civil, est parvenue jusqu'à nous.

Négligeons les raisons exprimées par les magistrats pour valider des actes en apparence nuls. Ils se sont livrés à tout un travail d'analyse tendant à traiter l'acte litigieux comme un simple acte à titre onéreux. C'était aller contre les faits. Mais ils n'avaient pas beaucoup de choix et ils se sont ralliés, pour faire porter effet à ces libéralités, au procédé le plus simple, qui consiste à leur dénier la qualité d'acte à titre gratuit. Dans ce but, ils ont essayé de découvrir chez le donateur un sentiment égoïste et intéressé qui leur permette d'affirmer le caractère onéreux de la libéralité intervenue. C'est là une recherche bien vaine et il n'est que de la rapporter pour s'en convaincre. Les tribunaux, en ne s'écartant pas délibérément du droit privé sont, en définitive, tombés dans le même travers que nous avons remarqué chez la plupart des auteurs de l'Ancien Droit.

Le point de départ de leur raisonnement est basé sur l'article 1104 du Code Civil, qui, suivant l'opinion généralement admise, définit sous le nom de contrat commutatif le contrat à titre onéreux. En vertu de cet article : « Un « contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'en-
« gage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme
« l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait
« pour elle. »

La Jurisprudence part alors à la découverte de l'équivalent qui transformera l'acte à titre gratuit en acte à titre onéreux et permettra de lui appliquer d'autres règles que celles des donations. Cet équivalent, déclare-t-elle, il est aisé de le découvrir. N'est-il pas évident, en effet, que le souscripteur, le promettant ne se dépouille pas de la somme ou valeur qui constitue sa souscription, sans attendre

quelque chose en échange ? Il ne fait pas une libéralité pure et simple. Il participe à une opération, dont le but est clairement défini, et à la réalisation duquel il a toujours un intérêt plus ou moins direct, qu'il soit pécuniaire ou moral. En conséquence, le souscripteur est moins un donateur qu'un stipulant.

Quelle est donc cette « chose en échange » ? La Jurisprudence s'est ingéniée à la découvrir. C'est la partie la plus embarrassée de ses décisions. Dans les affaires Bardet et Bailly elle ne pouvait songer à relever l'existence d'un profit pécuniaire pour le donateur. Elle se rejette alors sur l'intérêt moral du souscripteur.

A son avis, Bardet désirait avant tout « satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité de millionnaire ».

Pour Bailly, c'est bien plus curieux : « Attendu, est-il « inscrit dans l'arrêt, que Bailly a trouvé un équivalent de « son engagement dans les avantages que lui procurait la « ville en avançant les fonds qu'il avait promis, mais que la « Société Générale, à laquelle il avait donné mandat, avait « refusé de verser, en mettant à sa disposition son organisation, ses bureaux, ses agents pour la distribution des « fonds aux bénéficiaires, en publiant de la façon la plus « flatteuse sa libéralité et en lui rendant ainsi l'opinion « publique plus indulgente pour son éloignement de Nancy « dans des circonstances critiques... »

En analyse, l'équivalent résulterait des faits suivants : avance par la ville de la somme promise, utilisation pour Bailly de l'organisation municipale, publicité de la libéralité et indulgence de l'opinion publique. Cette abondance d'avantages est loin d'être décisive.

En ce qui concerne l'avance faite par la ville, n'est-ce point cette fois le cas de dire avec le tribunal de Nancy que

si la tradition effective n'a pas eu lieu « ... c'est par suite de « faits absolument indépendants des parties en cause... » ?

L'organisation bureaucratique et municipale a pour but évident l'utilité des citoyens qu'elle administre et elle n'est pas gratuite. Bailly, comme les autres, contribuait aux dépenses communales. Pourquoi lui faire supporter des frais au paiement desquels il participait déjà en tant que contribuable nancéen ?

La publicité de la libéralité dépendait moins de la ville que de la presse. C'est bien un motif identique à celui que nous avons relevé à l'instant dans l'affaire Bardet. Caprice, fantaisie, vanité, orgueil et amour-propre : tous sentiments que la Cour décèle infailliblement.

Quant à l'indulgence de l'opinion publique à l'égard de Bailly pour son éloignement de Nancy dans des circonstances critiques, voilà la véritable fantaisie, pis, l'erreur de fait incontestable. Le 2 août 1914, date à laquelle fut expédié le télégramme de Bailly portant l'annonce de la libéralité, on partait pour Berlin et on ne pensait guère à des circonstances critiques, bien moins encore à l'envahissement du territoire national...

Voilà l'équivalent, la cause est entendue. Et, en effet, si l'on appliquait aux donations la même argumentation que celle employée par la Jurisprudence, quelle est la donation qui, envisagée à ce point de vue, constituerait autre chose qu'un contrat commutatif ? Celui qui donne poursuit toujours, dans une certaine mesure, la satisfaction d'un sentiment intime : l'un peut être poussé par la vanité, l'autre a voulu être charitable, celui-ci désire blanchir sa conscience en usant avec largesse d'une fortune acquise par des moyens douteux, celui-là voit dans le bonheur d'autrui la récompense de son propre geste, cet autre spéculé sur le bonheur

éventuel qu'on lui promet au centuple dans un autre monde, ce dernier veut priver les siens de biens qui, normalement, leur reviendraient. Et l'on pourrait continuer, en passant en revue tout ce qui sert d'élément moteur dans une donation, tous les éléments affectifs de l'individu. Cette énumération se prolongerait sans fin et sans intérêt. Les mobiles que nous avons cités et ceux — ils sont une multitude — que nous avons délibérément omis, ne sont que des mobiles et, comme tels, ils ne peuvent modifier le caractère juridique d'un contrat. Que vous achetiez par nécessité ou à cause du bon marché, ou en prévision d'une hausse, l'opération économique réalisée sera toujours ce que nous appelons une vente.

L'inanité des motifs invoqués, à l'appui de leurs décisions, par les magistrats, montre donc à suffire que c'est une autre raison, que c'est en vertu d'autres règles qu'ils valident une opération en apparence entachée de nullité. Cette raison, si les tribunaux ne la dévoilent pas au grand jour, c'est qu'ils ne le peuvent pas. Selon eux, les règles relatives aux libéralités apparaissent trop générales, et comme englobant tous les cas d'espèce, pour qu'ils osent, en affirmant le caractère libéral d'un acte, lui appliquer des dispositions autres que celles consignées dans les articles 893 et suivants du Code Civil. Dès lors, il fallait tourner la loi. Le procédé, certes, est critiquable, mais il vaut moins pour lui-même que pour l'intention qu'il recouvre. Des motifs comme ceux que nous avons rencontrés n'en sont pas. Et c'est le pourquoi de cette situation qu'il convenait de rechercher ; nous avons cru démontré que l'explication en était apportée par une résurrection de la très vieille institution que constitue la pollicitation.

Ainsi donc la pollicitation, en réapparaissant dans les arrêts

de la Jurisprudence, fait entrer dans notre droit positif un mode d'engagement absolument opposé à celui imposé par nos lois pour la réalisation d'une donation. Comment cet acte de volonté unilatérale peut-il néanmoins subsister et quelle portée y a-t-il lieu de lui attribuer relativement au contrat de donation ? telles sont les questions que nous aborderons dans un chapitre spécial. Il est indispensable auparavant que nous fassions connaître un autre aspect du problème, d'application courante et de pratique journalière : nous voulons parler des souscriptions publiques.

SECTION II

Des donations par souscription lors de souscriptions publiques

Nous avons étudié jusqu'ici le cas d'une donation effectuée sous la forme d'une souscription par un particulier à un organisme d'intérêt général dans un but d'utilité publique. Tantôt il s'agissait d'une somme offerte à une ville victime d'un cataclysme, tantôt c'était une libéralité promise à l'Eglise à l'occasion de certains travaux à exécuter. Maintenant nous abordons l'examen de souscriptions faites à des personnes qui ne représentent officiellement aucun intérêt collectif ou d'utilité publique lors d'opérations qualifiées de souscriptions publiques.

§ 1. Définition et caractères

La souscription publique est une opération dans laquelle plusieurs personnes, appelées souscripteurs, versent ou s'engagent à verser, par écrit ou verbalement, une certaine

somme d'argent ou une certaine valeur, entre les mains d'une ou plusieurs autres, appelées indifféremment : collecteurs, organisateurs ou promoteurs de la souscription, et cela dans un but égoïste ou altruiste, suivant les hypothèses.

C'est ainsi qu'on est amené à parler de souscription littéraire, de souscription d'actions, de souscriptions nationales et d'autres.

Que recouvrent chacune des expressions précitées ?

La souscription littéraire se réfère à un acte par lequel une personne s'engage à prendre un ouvrage paraissant par volumes ou par livraisons, moyennant un prix fixé soit à l'avance, soit par l'acte de souscription à une autre personne qui s'engage à fournir la prestation indiquée.

L'expression « souscription d'action » évoque le mode de formation des sociétés par action : c'est l'engagement pris par une personne d'acquérir un ou plusieurs titres émis ou à émettre par une société par actions en voie de constitution et de verser le capital appelé sur les titres, si la société se constitue effectivement.

La souscription dite alors publique *stricto sensu* est un procédé financier employé par l'Etat ou par certains grands établissements bancaires, lors de l'émission d'emprunts, de titres ou d'obligations. En particulier les emprunts contractés par l'Etat dans des moments critiques prennent le nom de souscriptions nationales ou de souscriptions patriotiques.

Enfin les souscriptions publiques, dans le sens large du mot, sont des systèmes auxquels on recourt pour faire appel à la charité, pour rendre hommage à un homme célèbre, pour encourager un sport ou une industrie. On ouvre une souscription en faveur d'une œuvre quelconque,

en vue d'un objectif à atteindre : secours à des victimes de guerre, subvention à des laboratoires scientifiques, érection d'un monument. On parle alors de souscriptions ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement.

Ainsi, multitude de souscriptions. Le caractère commun à toutes ces souscriptions provient de l'appel adressé à un nombre d'individus indéterminés et généralement important. A cet appel répondent les souscripteurs par des apports ou des promesses d'apports.

L'intérêt de ces opérations réside en ce que la communauté peut venir à bout de difficultés insurmontables pour l'individu isolé. Chacun dans sa sphère et selon ses moyens est mis dans la possibilité de participer à des œuvres pour lesquels le concours de la masse est une obligation et une condition de succès.

De ces considérations se dégagent deux autres notions. La première c'est qu'il est indispensable que la collectivité connaisse l'appel qui lui est adressé : d'où rôle capital de la presse, de la T. S. F. et des autres moyens de diffusion et de publicité. D'autre part, pour intéresser les souscripteurs éventuels, convient-il de ne leur proposer que des buts sur lesquels tout le monde soit d'accord : d'où élimination de l'objet individuel et nécessité d'un but collectif.

Notre travail portant sur les donations par souscription, il est tout à fait normal que nous en excluions les souscriptions qui n'ont aucun rapport avec les donations. Quand on souscrit à un ouvrage littéraire, c'est pour s'assurer la possession d'un livre ou d'une brochure, moyennant le versement préalable d'une certaine somme ou la promesse d'effectuer ce versement. Le capitaliste qui souscrit le montant d'une action ou qui place son argent dans un emprunt a

simplement en vue la réalisation d'une opération fructueuse. Aucune idée altruiste ne vient colorer ces genres de souscriptions : les seules souscriptions dont nous ayons à nous occuper sont donc les souscriptions publiques dans le sens large de l'expression.

En voici un exemple : un laboratoire manque d'argent pour poursuivre ses recherches ; certaines personnes au courant de ces difficultés financières prennent l'initiative de faire appel au public en vue de permettre à cette œuvre la continuation de ses travaux ; un certain nombre de souscripteurs répondent à cet appel, envoient des fonds ou promettent de les envoyer, ces derniers réunis sont ensuite transmis à l'œuvre scientifique en question.

Il ressort de cet exemple que trois groupes de personnes interviennent dans cette opération : les souscripteurs, le ou les organisateurs, le ou les bénéficiaires.

Il y a toujours, par hypothèse, pluralité de souscripteurs, alors que la qualité d'organisateur ou de bénéficiaire peut n'appartenir qu'à une seule personne.

L'organisateur, comme son nom l'indique, est l'initiateur de la souscription. Sans doute peut-il arriver que le bénéficiaire et l'organisateur soient confondus, mais il convient de remarquer que l'organisateur est le rouage le plus important de ce mécanisme assez délicat.

Le rôle de l'organisateur est capital : c'est lui qui a l'idée, c'est lui qui centralise les fonds, qui les transforme s'il y a lieu, c'est par son canal que le bénéficiaire reçoit le résultat de l'opération ; c'est en un mot lui qui assure la réalisation du but projeté, que ceux qui ont souscrit ont, par leurs souscriptions, montré leur désir de voir atteindre.

Il arrive souvent qu'au lieu d'un organisateur ce soit un comité qui remplisse ce rôle. Un seul homme peut difficile-

ment mener à bien une opération aussi considérable lorsqu'elle est régionale, à plus forte raison quand elle est nationale ou internationale. De même, que le bénéfice de la souscription parvienne à une ou plusieurs personnes, peu importe, le caractère de l'opération n'est pas modifié.

§ 2. Position du problème

Toutes ces indications étaient indispensables pour situer exactement les souscriptions individuelles à l'intérieur du mécanisme de la souscription publique.

La question à trancher à présent est celle de savoir si la souscription d'une personne à l'occasion d'une souscription publique est valable. Que ne soient pas nulles les libéralités adressées sous la forme de souscriptions à certaines personnes morales de Droit public et dans certaines circonstances, voilà ce que nous croyons avoir déjà établi en nous appuyant surtout sur le fait qu'il existe des organismes représentatifs d'intérêts publics devant lesquels l'intérêt particulier doit s'incliner.

Mais maintenant le problème est autre, et juridiquement il peut se poser ainsi : est-il licite, au vu de nos textes réglementaires, de valider des souscriptions adressées à un organisateur, comité ou simple particulier, qui ne représente légalement que son seul intérêt, c'est-à-dire un intérêt particulier ? En d'autres termes, convient-il de faire porter effet à l'engagement souscrit par une personne à l'égard du promoteur d'une souscription ?

Deux observations préliminaires préciseront notre tâche.

Tout d'abord le souscripteur participant à une souscrip-

tion publique peut immédiatement, lorsqu'il souscrit, remettre les deniers qu'il se proposait d'offrir à l'organisateur. Dans ce cas il faut voir dans l'opération un don manuel valable. Mais toute souscription publique a un but ; dès lors le don manuel dont bénéficie l'organisateur est affecté d'une charge, par exemple celle de faire parvenir les fonds au véritable bénéficiaire : le destinataire.

Il n'est plus en discussion qu'un don manuel puisse être affecté d'une charge. Certains auteurs (1), jadis, ont nié la validité de modalités en considérant le don manuel comme un fait matériel simple. Il a été fait justice de ces théories et le don manuel est considéré par la Jurisprudence et la Doctrine comme un acte juridique susceptible de modalités. Ces modalités peuvent être une réserve d'usufruit, une condition résolutoire, une dispense de rapport ; elles peuvent aussi consister, dans notre espèce, en une charge imposée au donataire. La difficulté dans ce cas est ailleurs ; elle a trait à la preuve de ces pactes adjoints. Celui qui se prévaut d'une charge doit en prouver l'existence et le contenu ; quant à l'administration de la preuve, il faut en principe un écrit dès qu'il s'agit de plus de 500 fr. Toutefois des circulaires ministérielles (2) ont décidé que les dons faits à des personnes morales, lorsqu'ils sont grevés de charges, doivent être faits par acte notarié. Or nous savons que l'organisateur, donataire, se présente tantôt comme un simple particulier, tantôt sous la forme d'un comité ; mais ce peut être également une personne morale. Il conviendra dès lors de lui appliquer les discriminations ci-dessus établies.

(1) BRESSOLES : *Théorie et pratique des dons manuels*, n° 184 et *sq.*, p. 268 et *sq.*

(2) Circulaires du Ministre des Cultes du 10 avril 1882 et du Ministre de l'Intérieur du 18 octobre 1882.

Seules, donc, tombent sous le coup de notre étude les souscriptions qui n'ont pas été immédiatement acquittées. Remarquons du reste que ces souscriptions sont les plus intéressantes parce que généralement elles portent sur des sommes assez élevées. On n'hésite pas à verser 5 ou 10 francs, mais si l'on désire prendre à une souscription publique une part pécuniaire plus importante, il est fréquent de voir le souscripteur remettre à plus tard son versement, soit qu'il manque d'argent liquide, soit qu'il veuille répartir sur un certain temps le poids du sacrifice qu'il consent.

Notons, en second lieu, que nombre de souscriptions non immédiatement accompagnées de leur montant ne sont jamais acquittées. La raison en est qu'un organisateur se soucie rarement de faire rentrer par la voie judiciaire des sommes modiques ; les frais qu'entraînerait une action devant les tribunaux, aboutirait-elle, dépasseraient bien souvent la somme due. Dans ces conditions, l'abstention de l'organisateur est bien compréhensible (1).

Sous le bénéfice de ces observations la question reste de savoir si une personne qui fait une promesse libérale à une autre personne à l'occasion d'une souscription publique peut être tenue d'exécuter son engagement au cas où elle s'y refuserait.

Il semble bien qu'il faille voir dans cette promesse, une promesse de donation, c'est-à-dire un acte nul d'une nullité absolue, et cependant, la Jurisprudence qui s'est prononcée, assez peu souvent du reste, a constamment validé de semblables promesses.

(1) Il en va généralement de même pour les cotisations non payées des membres d'une association quelconque. Légalement, quand elles se rapportent à l'année écoulée on pourrait les faire recouvrer ; en fait on ne poursuit jamais.

§ 3. La Jurisprudence

En 1809, une souscription est ouverte par le maire de la commune de Morez à l'effet d'élever une nouvelle église. Un sieur Reverchon fait, entre les mains du maire, une soumission portant « lequel, pour lui et ses héritiers, a souscrit volontairement de payer la somme de 3.000 francs, payable dans cinq ans, un cinquième chaque année, à commencer du 1^{er} janvier prochain ». Reverchon décède sans avoir payé aucun acompte, instituant sa veuve pour héritière. Le 24 mars, le maire de la commune de Morez est autorisé à accepter les souscriptions et à les faire recouvrer. Il somme alors la veuve Reverchon d'avoir à réaliser la soumission faite par son mari. Elle s'y refuse, prétendant que cette soumission est une véritable donation entre vifs, qui, pour être valable, aurait dû être revêtue des formes prescrites par ces sortes de contrats, et surtout avoir été acceptée, avant le décès du donateur, et par le maire dûment autorisé.

Le Tribunal d'Auxerre, le 18 juillet 1826 (1), accueille cette défense. Le maire fit appel. L'affaire vint devant la Cour de Paris, qui rendit son arrêt le 11 décembre 1827 (2). L'arrêt infirma, motif pris de ce que la soumission faite par le sieur Reverchon ne pouvait pas être considérée comme une donation mais bien comme un contrat intéressé pour un service public, « lequel service public devait profiter à Reverchon comme aux autres habitants. Cet acte, ajoute l'arrêt, doit être rangé dans la classe des simples engagements par lesquels on s'oblige à payer telle somme, à

(1 et 2) *D. Jur. Gén.*, v^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n^o 1300, p. 420, note, aff. Reverchon.

« fournir telle chose, moyennant tel service qui sera rendu
« en compensation... »

La veuve Reverchon se pourvoit en Cassation, pour violation des articles 932 et 937 du Code Civil. Il importe peu, disait-elle fort habilement, que la donation fût intéressée, c'est-à-dire que le donateur dût participer à l'avantage commun qui devait résulter de la construction projetée ; il n'y a pas de fondations pieuses, pas de legs à un établissement public ou à une commune, dont l'avantage ne doive être partagé par les donateurs, les testateurs ou leur famille. La loi deviendrait illusoire, si de pareils legs, de pareilles donations pouvaient être dispensés de l'autorisation du souverain par le motif que l'auteur du legs ou de la donation participerait aux avantages qui en doivent résulter. Du reste, dans l'espèce, le gouvernement et la commune avaient en quelque sorte reconnu qu'il y avait libéralité et qu'une autorisation était nécessaire, puisque le maire n'accepta la donation qu'après y avoir été autorisé. Dès lors seul un point de fait était en jeu, celui de savoir si l'autorisation avait été accordée en temps utile. Or il était constant qu'elle ne l'avait été qu'après la mort du donateur, en conséquence le lien de droit entre le donateur et le donataire n'avait pu se former.

Le 7 avril 1829, la Chambre des Requêtes (1) repoussa cette prétention par le seul motif suivant : « Attendu que
« la Cour royale de Paris a pu considérer la soumission
« volontaire du sieur Reverchon comme un acte intéressé ou
« contrat commutatif, et qu'en lui imprimant ce caractère
« les articles 932 et 937 du Code Civil étaient sans application
« à la cause... »

Dans une affaire identique — il s'agissait d'une souscrip-

,1) V. note précédente.

tion ouverte pour la construction d'une synagogue — le tribunal d'Oran rendit, le 2 octobre 1894 (1), un jugement analogue. « Un don, déclare-t-il, fait à la charge de construire un immeuble désigné constitue un contrat *do ut facias*, c'est-à-dire un contrat synallagmatique, commutatif et à titre onéreux, dans lequel chacune des deux parties prend une obligation corrélatrice à celle qui est prise envers elle. »

Et voilà toute la jurisprudence. Nous constatons que, comme dans les affaires Bardet et Bailly, la libéralité est validée, même si elle n'a pas été acceptée en temps utile, c'est-à-dire du vivant du donateur (affaire Reverchon). La base des arrêts ne varie pas non plus et repose sur une dénaturation de l'acte intervenu qui devient à titre onéreux, et sur l'application des règles des contrats commutatifs. Dernière remarque : le fait de la souscription publique n'est pas pris en considération par les tribunaux : l'examen des magistrats porte sur l'acte même en dehors de ses relations cependant évidentes avec la souscription publique dont il n'est qu'un des éléments.

(1) Journal *Le Droit* du 11 oct. 1894.

DEUXIÈME PARTIE

**LA DONATION PAR SOUSCRIPTION
EN DROIT POSITIF
FRANÇAIS MODERNE**

CHAPITRE PREMIER

**LES EXPLICATIONS DOCTRINALES ET LEURS
CRITIQUES**

De l'étude de la Jurisprudence il résulte en définitive que la promesse de donation adressée à un organisme de droit public ou émise à l'occasion d'une souscription publique s'est trouvée validée et a reçu de la Cour suprême une consécration indiscutable.

Il n'est cependant que d'ouvrir un manuel de droit pour se convaincre que la promesse de donation n'oblige aucunement celui qui l'a consentie : elle est entachée d'une nullité absolue. Mais entendons-nous bien : il s'agit de la promesse de contrat de donation, de la promesse de donation prévue par le Code, en un mot, de la promesse susceptible d'être acceptée, c'est-à-dire de s'intégrer dans un contrat dès que l'acceptation du donataire sera acquise.

En effet, la promesse de donation ainsi comprise est enfermée dans les termes de l'alternative suivante : ou elle est nulle parce que sans formes, ou les formes ont été res-

pectées et elle se confond avec le contrat de donation (1).

La validité de cette promesse admise par les tribunaux dans deux séries de décisions n'en apparaît, au premier abord, que plus extraordinaire. La violation de la loi paraît flagrante. Cette étrange constatation a suscité l'éclosion de commentaires assez nombreux qui tentent de répondre au pourquoi de cette véritable anomalie juridique.

Avant d'aborder l'étude des théories qui se sont dégagées en Doctrine, il importe de remarquer tout d'abord que les souscriptions n'ont semblé intéresser les auteurs que lorsqu'elles étaient enchâssées dans le mécanisme des souscriptions publiques. A l'égard des donations par souscription à l'état pur et indépendant, la Doctrine s'est contentée d'imiter de Conrard le silence prudent. Et c'est si vrai qu'un des commentaires les plus sérieux sur les souscriptions publiques a été rédigé, en suite de l'arrêt intervenu dans l'affaire Bailly ; or, il ne s'agissait dans cette espèce que d'une libéralité adressée sous forme de souscription à la ville de Nancy, en dehors de toute souscription publique. Cet état d'esprit manifesté par l'arrêtiste révèle pleinement l'opinion unanime de la Doctrine et s'oppose ainsi curieusement à la tendance de la Jurisprudence qui cherche à analyser intrinsèquement la promesse de donation en la dégageant de ses rapports avec la souscription publique.

Cette attitude n'est pas inexplicable. La Doctrine veut bien écarter l'application de l'article 931 du Code Civil dans l'hypothèse où la libéralité revêt la forme d'une souscription mais seulement dans les cas où cette souscription constitue une collaboration à une œuvre d'intérêt

(1) Voy. Ch. BEUDANT, *Donations et testaments*, 2^e éd. avec le concours de M. VOIRIN, nos 22 et 23.

général. Et un but que l'on cherche à réaliser par le moyen d'une souscription publique lui offre toute garantie que l'intérêt général est directement visé. Pour deux raisons. Tout d'abord, et c'est un point sur lequel on ne saurait trop insister, le but auquel tend la souscription publique est, en termes plus ou moins généraux, mais suffisamment explicites, bien précisé. Ce sera par exemple la création d'un sanatorium, des secours à des familles de marins disparus ou de mineurs victimes d'un coup de grisou. Dans ces cas, l'intérêt particulier des malades ou des parents malheureux se confond avec l'intérêt général. Sans doute il est des souscriptions publiques dont l'objet est tout différent : ainsi c'est un parti politique qui ouvre une souscription destinée à subvenir à ses frais de propagande, là l'intérêt du parti ne disparaît pas derrière l'intérêt général. Mais c'est justement l'avantage de la souscription publique que de permettre à n'importe qui d'opérer, grâce à l'indication du but en vue duquel elle est ouverte, cette discrimination indispensable entre les souscriptions dignes d'intérêt et celles qui le sont moins — tout au moins au point de vue social.

Il convient également, pour apprécier la position des commentateurs qui valident, pour des raisons divergentes du reste, les souscriptions individuelles réalisées à l'occasion d'une souscription publique, de tenir compte d'une autre considération. C'est qu'entre le souscripteur et l'organisateur intervient un véritable contrat. Soient des misères à soulager, par exemple, les victimes d'un tremblement de terre ; qu'il existe un nombre considérable de personnes désireuses de participer à cette œuvre de pitié, voilà qui n'est pas douteux. Mais il ne suffit pas de vouloir, il faut aussi pouvoir, et pouvoir d'une manière utile. Ce sont là les deux obstacles auxquels les initiatives généreuses se

heurtent. Il est évident qu'une somme de 100 francs, montant supposé de la libéralité d'un donateur quelconque, c'est relativement au but à atteindre une goutte d'eau dans un gouffre. D'autre part, en admettant que la donation soit plus importante et susceptible par elle-même d'apporter quelque soulagement aux malheureux à secourir, comment la leur faire parvenir ? Ce sont fréquemment des personnes indéterminées, que le donateur ne connaîtra jamais ; comment les toucher ? Sera-t-il nécessaire qu'outre sa libéralité le donateur se livre à des recherches personnelles ? Autant de raisons pour tarir à la source les actes généreux.

C'est alors qu'intervient l'organisateur, le promoteur de la souscription publique, et il répond aux desiderata que nous avons énumérés. En ouvrant une souscription publique il permet aux donateurs modestes de participer utilement à l'œuvre qu'ils ont en vue : l'afflux des petites sommes forme souvent un total imposant. Par ailleurs, grâce à son organisation, il s'engage vis-à-vis des souscripteurs individuels à faire parvenir avec certitude aux destinataires le montant de leurs dons. C'est ce qui explique que l'organisateur soit fréquemment un organisme important, comme une ville, un journal...

Mieux encore, nous savons que parfois le souscripteur n'est pas en mesure d'effectuer le versement qu'il a promis. L'organisateur intervient alors ; il avance la somme, sauf à se faire rembourser plus tard.

Et ce n'est pas tout ; dans certaines hypothèses, incendies, inondations, tremblement de terre, ce qui apportera quelque réconfort aux victimes de ces sinistres ce ne sont pas quelques pièces d'argent, mais des denrées, des vêtements, des soins. Ce sera encore le rôle de l'organisateur de convertir les dons en matières nécessaires ou en services sanitaires.

La nécessité de l'organisateur appert ainsi au premier chef ; en versant ou en promettant de verser, le souscripteur contracte avec lui, qui s'engage de son côté à faire en sorte que la souscription parvienne aux destinataires. Et l'on peut dire, lorsque la souscription a un but d'intérêt général, que l'organisateur rend un service d'ordre social.

Tels les innombrables rus qui formeront un fleuve imposant, les souscripteurs sont groupés par l'organisateur pour émettre collectivement l'offre aux véritables bénéficiaires de la souscription publique.

Dans ces conditions, il a pu paraître facile à la Doctrine comme à la Jurisprudence de faire porter effet aux souscriptions individuelles participant à une souscription publique, le souscripteur se trouvant, semble-t-il, tenu par le contrat qui le lie à l'organisateur.

Cette remarque faite, examinons les théories élaborées par la Doctrine. Les unes constituent de véritables systèmes étayés d'arguments juridiques ; d'autres, au contraire, ne s'embarrassent pas de notions de droit et ne tiennent compte que de considérations de fait, nous en traiterons dans la dernière section de ce chapitre.

Le problème des souscriptions ne paraît pas avoir fortement intéressé la Doctrine, car le nombre des auteurs qui ont contribué à cette étude est restreint. Ce qui n'empêche les systèmes soutenus d'être quelquefois diamétralement opposés les uns aux autres.

On peut ainsi distinguer quatre principales théories.

La première explique la souscription uniquement par la donation du Code. Pour la deuxième, la souscription est un contrat commutatif pur et simple, c'est le système de la Jurisprudence ; nous venons de l'étudier, nous passerons rapidement. Enfin, le troisième système attribue à la sous-

cription une nature mixte et lui reconnaît à la fois les caractères d'un acte à titre gratuit et d'un contrat commutatif. Une dernière théorie présente la souscription comme un acte de droit public.

SECTION I

La souscription est un contrat de donation

La théorie de la souscription-contrat de donation est la solution la plus simple au problème de la nature des souscriptions. Qu'il y ait donation pure et simple ou donation avec charges, peu importe. De toute façon ce sont les règles des donations qu'il convient d'appliquer.

La souscription constituerait une donation au sens où le Code régit cette libéralité, c'est-à-dire un *contrat* de donation. Le souscripteur dans une intention libérale et sans compensation pécuniaire, fait sortir de son patrimoine une certaine somme ou valeur qui parvient en nature plus ou moins transformée dans le patrimoine du bénéficiaire ; celui-ci, en échange, ne contracte aucune obligation pécuniaire.

MM. Claro (1) et Queinnec (2) reprennent dans leurs observations cette idée, non point pour la développer, mais en vue de la combattre au moins dans ce qu'elle a — à leurs yeux — d'excessif, ou plus exactement d'insuffisant.

M. Claro écrit : « La donation entre vifs est le contrat par

(1) Note sous Bourges, 1^{er} mai 1900 D. P. 1900, 2. 425 et sous Paris, 21 oct. 1902 D. 1903. 2. 121-125.

(2) *De la nature et de quelques effets des souscriptions organisées pour les individus et les personnes morales*, p. 18 et 19.

« lequel une personne dispose de son vivant, au profit d'une
« autre, de tout ou partie de ce qui lui appartient. C'est bien
« là le résultat auquel aboutit la souscription. »

M. Queinnec, considérant l'article 894 du Code Civil, d'après lequel « la donation est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte », s'exprime de la façon suivante :

« La souscription se présente bien sous cet aspect, car
« le souscripteur, mû par un sentiment de générosité, par
« une intention libérale, fait sortir de son patrimoine une
« certaine somme ou valeur qui parvient dans le patrimoine
« du bénéficiaire. Et celui-ci reçoit, sans rien déboursier,
« sans diminuer en aucune façon sa fortune; il ne contracte
« aucune obligation pécuniaire — l'opération est tout profit
« pour lui. »

M. Gros (1) admet lui aussi qu' « en dernière analyse, la
« souscription publique soit une donation au profit du
« bénéficiaire. Il est certain que ce dernier reçoit une véri-
« table libéralité. »

Il donne l'exemple d'un journal qui, condamné par un tribunal civil, ouvre une souscription lui permettant de s'acquitter des dommages-intérêts mis à sa charge. Dans ce cas, déclare-t-il, il y aura bien donation pure et simple.

Si le souscripteur ne se dépouille pas purement et simplement, s'il n'entend s'engager que parce qu'il veut qu'on fasse de ses deniers tel emploi déterminé, par exemple qu'ils servent à effectuer un travail quelconque, etc..., au profit du bénéficiaire, il est impossible, semble-t-il, de voir dans la souscription une donation pure et simple. Et géné-

(1) *Des souscriptions publiques ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, p. 26 et 27.

ralement, en effet, le souscripteur ne se sera pas appauvri sans condition. Ce sera à telle fin spéciale qu'il se sera dépouillé, pour qu'un monument soit élevé, un objet acquis, une somme d'argent distribuée, mais ceci ne modifie pas le caractère du contrat. Il se trouve seulement affecté d'une modalité. Le contrat intervenu n'en est pas moins une donation.

M. Claro, suivi par M. Gros (1), a entrepris la critique de ce système — voici ce qu'il écrit : « Sans doute il y a
« (dans le contrat de souscription) appauvrissement du
« souscripteur, enrichissement à titre gratuit du bénéficiaire, comme dans la donation, mais à envisager exclusivement ces résultats, ce système perd complètement de
« vue toute une série d'autres faits également certains
« résultant de la présence entre le souscripteur et le bénéficiaire d'une troisième personne juridique, nécessaire et
« même prépondérante, celle de l'organisateur de la souscription. Ce système en fait abstraction complète et se
« trouve, dès lors, incapable de rendre compte des droits
« propres que le contrat lui confère, comme aussi des
« obligations personnelles qui en résultent pour lui. L'organisateur a, en effet, action contre le souscripteur, tenu
« d'exécuter vis-à-vis de lui son engagement, et, d'autre
« part, le souscripteur a action contre l'organisateur tenu,
« vis-à-vis de lui, de faire parvenir au bénéficiaire le produit
« de la souscription et de rendre compte de ses actes. De
« même, entre le bénéficiaire et l'organisateur il existe des
« rapports de droit, actifs et passifs. De tout cela le contrat
« de donation est incapable de fournir une explication juridique satisfaisante. Les partisans de ce système l'avouent
« eux-mêmes, en faisant aussitôt appel au concours d'une

(1) *Op. cit.*, p. 34.

« de ses modalités et en faisant de la souscription publique
« une donation avec charge.

« L'adjonction de cette modalité ne sauve d'ailleurs pas
« le système. En effet, dans la donation avec charge, la
« charge constitue une condition, ou mieux, une restriction
« de la donation. Le donateur, qui pourrait ne rien donner,
« donne, en imposant au donataire une obligation qui dimi-
« nue l'étendue de la libéralité. Cette libéralité et la charge
« qu'elle entraîne s'adressent à la même personne. Le dona-
« taire, en acquérant l'objet donné, contracte l'obligation
« qui en est la contrepartie. Dans la souscription publique,
« au contraire, la libéralité et la charge ne s'adressent pas
« à la même personne. L'une va au bénéficiaire sans qu'au-
« cune obligation le grève (qu'une obligation purement
« morale de reconnaissance) ; l'autre pèse sur l'organisa-
« teur sans qu'aucun bénéfice en résulte pour lui (en dehors
« de la satisfaction morale d'avoir contribué activement
« à une œuvre de bienfaisance ou de patriotisme).

« La théorie qui voit dans la souscription publique une
« donation entre vifs est donc condamnée par l'analyse
« juridique, les rapports existant entre les différentes
« personnes dont le concours de volonté est indispensable
« à sa réalisation. »

Certains auteurs, émus par les critiques d'une partie de la Doctrine, ont pensé que la libéralité qui semble exister à la base des souscriptions, pouvait être expliquée différemment du système précédent.

Pour eux, avec M. Queinnec, la souscription est une donation, une donation avec charges. Mais ce qui caractérise leur opinion c'est qu'ils voient dans l'organisateur un donataire grevé de charge. Ils échappent ainsi très certainement à la critique de M. Claro — en admettant qu'elle

soit fondée — mais pour tomber dans une autre erreur.

M. Queinnec n'admet pas le contrat *do ut facias*, reconnu par M. Claro dans la souscription qu'à la condition de l'assimiler purement et simplement à une donation avec charges. Mais il n'adopte une semblable interprétation qu'à regret, et seulement dans les cas où elle est nécessaire pour permettre à la souscription de produire effet ; il en est ainsi, d'après lui, toutes les fois que la libéralité ne peut être adressée directement au véritable bénéficiaire, parce que l'obstacle qui empêche de le gratifier consiste non en une incapacité légale, mais en une situation de fait. C'est ce qui se produit lorsque la souscription est organisée en faveur d'une personne incertaine, mais susceptible d'être déterminée, ou au profit d'une personne future, c'est-à-dire non encore conçue. Le souscripteur ne peut faire une libéralité directe, car ce genre de libéralité suppose une transmission immédiate, impossible dans cette hypothèse puisque le bénéficiaire est actuellement indéterminé ou inexistant. La difficulté alors est tournée en gratifiant ces personnes par le moyen d'une donation que l'on adresse à un tiers, l'organisateur, grevé lui-même de la charge d'effectuer la transmission au jour où les personnes viendront à être présentes ou déterminées.

La critique d'une telle théorie, juridiquement erronée, est aisée.

La méprise de M. Queinnec consiste à penser qu'une libéralité directe suppose une transmission immédiate. Mais non ; l'actualité de la donation n'implique que le dessaisissement juridique. Une fois le contrat de donation établi devant notaire, il n'est nullement indispensable que les biens sur lesquels porte la donation soient transmis sans délai au donataire.

M. Gros a cru pouvoir relever dans cette conception une autre erreur. A son avis, penser que l'organisateur soit un donataire avec charges, c'est méconnaître de la manière la plus absolue l'intention des souscripteurs et de l'organisateur lui-même. Car si on admettait ce rôle joué par le collecteur, la propriété ne serait pour lui qu'un dépôt dont il aurait la garde, jusqu'au moment où la transmission aux véritables bénéficiaires serait possible. Mais, précisément, le grand inconvénient de ce système de donation par personne interposée réside dans cette propriété fugitive. Elle pourrait devenir définitive ; ce que très certainement les donateurs ne voulaient pas. Supposons que, pour une raison quelconque, la souscription devienne impossible, par suite, par exemple, de l'inexistence certaine du bénéficiaire (1) alors que l'organisateur a déjà recueilli des fonds importants. Si l'on explique la souscription par une donation avec charges adressée à l'organisateur, il faut reconnaître à ce dernier un droit de propriété absolue sur les sommes ou objets recueillis. La charge ayant disparu ou n'ayant existé qu'en apparence, la donation subsiste au profit du donataire, qui est l'organisateur.

Il est impossible d'approuver cette critique. En effet, dans les donations avec charges, lorsque la charge est la

(1) Le cas s'est produit lors des mutineries du Midi, en 1907. Un sous-officier, le sergent Armorel, s'était seul opposé à l'attaque de la poudrière de Béziers assiégé par les mutins du 17^e de ligne. En dehors d'une récompense qui fut demandée pour ce « héros » par la commission de l'Armée, et promise par le général Picquart, une souscription fut ouverte dans *L'Energie Française*, par M. A. Chéradame, à l'effet d'offrir un objet d'art au sergent Armorel. La souscription réussit ; mais, quand *L'Energie Française* adressa au vaillant sous-officier une lettre recommandée pour l'informer de ce succès, celle-ci revint avec la mention « inconnu ». L'on apprit qu'il n'y avait jamais eu au 17^e de ligne de sergent Armorel, mais qu'un simple soldat de ce nom figurait parmi les mutins et expiait sa révolte à Gafsa. Les sommes recueillies furent rendues aux souscripteurs.

cause de la donation, on décide communément que, si l'exécution de cette charge devient impossible, la donation tombe. De sorte que l'objection formulée par M. Gros paraît sans valeur juridique puisque dans les cas de souscriptions publiques, le but à atteindre, la charge imposée à l'organisateur, est généralement seule cause des souscriptions individuelles.

Néanmoins, l'admission de la théorie de M. Queinnec conduit à de graves difficultés à un autre point de vue. Supposons que l'organisation de la souscription publique dépende non d'une seule personne, d'un seul organisateur, mais d'un comité : « Un comité (1) se forme pour réunir
« des fonds pour l'érection d'une statue, ou pour les frais
« d'une fête, ou encore pour les victimes d'une catastrophe,
« ce comité n'est pas une association. Intérimairement, à
« qui donc vont appartenir les fonds ainsi recueillis ? On
« les a, par exemple, déposés dans une banque ; on les en
« retire et on les emploie au fur et à mesure des besoins,
« conformément à leur affectation. En droit anglais, rien
« de plus simple ; les collecteurs qui ont pris l'initiative de
« la souscription seront des *trustees*, propriétaires légaux
« sans doute, mais sous condition d'affectation. Leur pro-
« priété sur les fonds de souscription ne se confondra pas
« avec celle qu'ils ont sur leurs biens personnels, elle pré-
« sentera toutes les garanties d'un patrimoine séparé et
« personnifié. » Mais en droit français dirons-nous que les promoteurs sont devenus les propriétaires intérimaires des fonds, alors qu'ils n'en sont que dépositaires et qu'on n'a pas entendu faire d'eux des donataires ? Les donateurs ont donné aux destinataires, par l'intermédiaire du comité, et pas au comité. Mais ces donateurs ne sont plus proprié-

(1) SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 477.

taires ; quand ils ont versé les fonds, ils ont déjà voulu aliéner leur propriété. A qui donc ceux-ci appartiennent-ils ?

Il se dégage en conclusion de cette section que certains auteurs ont vu dans la souscription une donation se réalisant par contrat. Le donataire est tantôt le bénéficiaire, tantôt l'organisateur. Ces théories, loin de clarifier le débat, ne réussissent qu'à l'obscurcir. En effet, il y a deux questions à trancher : la première est celle de savoir si la souscription constitue un acte à titre onéreux ou un acte à titre gratuit, une libéralité entre vifs ; il faut avoir pris parti pour l'une ou l'autre de ces conceptions, et ce n'est que si l'on admet celle qui voit dans la souscription une libéralité qu'il convient de rechercher la nature de cette dernière : contrat ou non.

Chez la plupart des auteurs les deux problèmes chevauchent, rendant particulièrement difficile l'interprétation de leur pensée. On ne sait jamais, lorsqu'ils qualifient la souscription de donation, s'ils font allusion à la notion de l'acte à titre gratuit en général ou simplement au contrat du Code.

Si bien qu'on en arrive à se demander s'il a pu être soutenu que la souscription constituait un contrat. En réalité, tous les auteurs sont d'accord sur le fond : la souscription est une libéralité entre vifs, mais ce qui obnubile leurs jugements, c'est que le Code n'a prévu qu'un seul procédé technique de réalisation de la libéralité entre vifs : la donation entre vifs.

SECTION II

La souscription est un contrat commutatif

Le système qui considère la souscription comme un contrat commutatif est celui que la jurisprudence a adopté. Nous l'avons exposé. Notons que peu d'auteurs se le sont appropriés. Cette opinion nous l'avons critiquée, en montrant l'inexactitude de certains motifs regardés comme équivalents de l'appauvrissement du souscripteur.

A côté de l'intention de gratifier autrui, qu'elle constate chez le souscripteur, la Jurisprudence s'ingénie à relever la trace d'une stipulation intéressée qu'il aurait faite en même temps pour lui-même. Nous avons vu que dans cette voie la jurisprudence s'est engagée avec hardiesse, avec témérité même, et nous nous rappelons les découvertes invraisemblables qu'elle a faites.

Les conséquences logiques de son analyse l'amenait bon gré mal gré à rechercher l'équivalent. Nous avons montré que cette recherche s'était avérée délicate.

Le raisonnement jurisprudentiel étant vicié à la base, il est bien évident qu'il ne pouvait aboutir qu'à une erreur.

Méconnaître l'intention libérale du souscripteur, transformer un acte à titre gratuit en contrat commutatif c'était là un point de départ exposé à la critique.

Mieux que quiconque, M. Claro l'a très nettement démontré. M. Bailly aurait été bien étonné si sa souscription, au moment où il l'avait faite, n'avait pas été considérée comme une libéralité. C'est cependant à cette conception controuvée par les faits que se rallient les tribunaux.

Quoi qu'il en soit, la dénaturation juridique de la sous-

cription permettait aux magistrats de transgresser les règles relatives aux donations.

Le moyen était radical et simple en même temps : il convenait à merveille pour contraindre un promettant de mauvaise foi. Les apparences mêmes étaient sauvées : la loi n'était pas violée ; on la tournait, et ce, dans un but louable.

La construction juridique des tribunaux paraît dès lors sans grand intérêt. Le résultat auquel elle parvient présente seul de l'importance : elle valide une promesse de donation.

SECTION III

La souscription est un contrat mixte

M. Claro est partisan de considérer le contrat de souscription comme participant à la fois de la nature des donations et du contrat commutatif. Et voici par quel raisonnement il arrive à cette explication.

La souscription n'est pas un contrat commutatif, et pour démontrer ce premier point il développe avec force et beaucoup d'habileté les arguments que nous avons en grande partie repris dans le but de critiquer les solutions jurisprudentielles.

La souscription n'est pas une donation (1). Il montre, en effet, qu'il existe entre les diverses parties à la souscription des liens que, d'après lui, le contrat de donation est incapable d'expliquer. Nous avons déjà exposé cette idée lorsque nous avons cité la critique de M. Claro à l'égard du système qui voit dans le contrat de souscription une simple donation.

(1) M. CLARO prend ici le terme de *donation* au sens de *contrat de donation*, et non de *libéralité* en général.

Et il conclut ainsi : « Le contrat de souscription publique
« n'est pas uniquement une donation, parce qu'il donne
« naissance à des engagements vis-à-vis du souscripteur,
« que la donation seule ne peut expliquer ; il n'est pas
« davantage un contrat intéressé, parce que nous y retrou-
« vons dominante une intention libérale et un enrichisse-
« ment sans compensation, exclusifs du contrat à titre
« onéreux ; il est à la fois l'un et l'autre. »

Il explique cette dualité de nature de la façon suivante :
« La présence de trois personnes juridiques au lieu de deux
« qu'on rencontre généralement dans les contrats, nous
« fournit l'explication de ce fait, au premier abord un peu
« étrange. Dans les rapports du souscripteur et du béné-
« ficiaire il y a donation ; il y a contrat commutatif dans les
« rapports du souscripteur et de l'organisateur de la sous-
« cription. La première de ces propositions est suffisamment
« justifiée par les arguments mis en avant par le premier
« système. Ce système n'est, en effet, inexact que dans la
« mesure où il veut ramener le contrat tout entier à une
« donation. Quant à la seconde proposition, elle peut, au
« premier abord, paraître se heurter à une objection. Aux
« termes de l'article 1104 du Code Civil, un contrat est
« commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner
« ou à faire quelque chose qui constitue l'équivalent de ce
« qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Or, on voit
« bien le souscripteur remettre quelque chose à l'organisa-
« teur de la souscription ; mais on ne voit pas quelle est,
« au profit du souscripteur, la contrepartie de ce qu'il
« remet ainsi à l'organisateur et comment par suite le
« contrat entre ce dernier et lui peut apparaître commutatif.
« Cette objection est spécieuse. Le souscripteur trouve, en
« effet, à s'adresser à l'organisateur un avantage sérieux,

« qui peut constituer, à ses yeux, l'équivalent de l'engage-
« ment qu'il contracte vis-à-vis de lui. Faire une libéralité,
« surtout sous une forme déterminée, n'est pas toujours
« chose facile. Les sommes, généralement modiques, dont
« la réunion constitue le montant de la souscription, seraient
« incapables, si elles restaient isolées, de procurer aux
« souscripteurs le résultat qu'ils désirent. Elles ne se
« multiplient que par le groupement et celui-ci seul leur
« permet de produire un effet utile. C'est de cette constata-
« tion d'expérience qu'est né le contrat commutatif qui
« forme l'un des éléments du contrat de souscription
« publique. Le souscripteur, en recourant à l'intermédiaire
« de l'organisateur, s'évite une multitude de difficultés et
« de démarches. Entre eux, il intervient le contrat *do ut*
« *facias* que la Jurisprudence a relevé. Le souscripteur remet,
« ou s'engage à remettre à l'organisateur une certaine
« somme ; celui-ci, en échange, s'engage à faire servir cette
« somme, concurremment avec d'autres qui lui ont été ou
« lui seront remises, à la poursuite d'un but déterminé dont
« la réalisation fait l'objet de la souscription. »

Le système de M. Claro paraît assez séduisant au premier abord. L'affirmation des tribunaux que la souscription n'est qu'un contrat intéressé ne trouve pas place dans cette théorie. M. Claro a très justement senti que la Jurisprudence avait dénaturé la souscription ; il lui restitue sa véritable nature : c'est un acte libéral. Il n'opère malheureusement pas toujours la discrimination nécessaire entre la donation, simple libéralité, et la donation-contrat du Code.

D'autre part il estime indispensable, pour que cette libéralité puisse porter effet, de faire intervenir un engagement contractuel entre souscripteur et organisateur. Ce

contrat c'est un contrat commutatif : l'organisateur s'engage à faire parvenir au bénéficiaire ce que le souscripteur de son côté s'engage à lui verser.

Cette analyse juridique, si elle se rapproche de la réalité, n'est encore qu'une esquisse lointaine, et M. Claro s'est bien gardé de serrer le problème de plus près.

En premier lieu, les critiques qu'adressent M. Claro à la théorie souscription-donation ne sont pas, elles-mêmes, à l'abri de toute critique. Pour M. Claro, en effet, le système de la souscription-donation est incapable de rendre compte des droits propres que le contrat confère à l'organisateur de la souscription, comme aussi des obligations personnelles qui en découlent pour lui. En un mot, il existe entre le souscripteur et l'organisateur d'une part, l'organisateur et le bénéficiaire de l'autre, des rapports de droit actifs et passifs dont le contrat de donation est dans l'impossibilité de fournir une explication juridique satisfaisante.

Tel n'est pas notre avis. En admettant même l'exactitude de la remarque, il importe peu que le contrat de donation soit incapable de fournir une explication juridique satisfaisante des rapports de droit existant entre le souscripteur et l'organisateur, de même qu'entre l'organisateur et le bénéficiaire. La nature d'un contrat est indépendante des liens qui peuvent par ailleurs, ou à l'occasion de ce contrat, unir les parties. Ne suffit-il pas, pour réduire à néant l'objection de M. Claro, de rappeler que, lors du mandat ou de la gestion d'affaires par exemple, naissent entre les divers intéressés des liens juridiques distincts sans que pour cela l'opération recherchée par les deux parties principales — vendeur et acheteur dans le cas d'une vente — soit modifiée dans sa nature ?

En second lieu, qu'il y ait dans les rapports du souscrip-

teur et de l'organisateur un contrat commutatif, voilà qui ne va pas sans discussion, et les critiques que l'on peut adresser à cette conception proviennent de trois chefs.

D'abord, c'est toujours la recherche de l'équivalent qui paraît ébranler toutes les théories construites sur l'idée du contrat commutatif. Pour M. Claro, cet équivalent, au regard du souscripteur, résulterait de ce qu'en recourant à l'intermédiaire de l'organisateur le souscripteur s'évite ainsi une multitude de difficultés et de démarches.

Sur ce point, qui paraît évident, une objection a été présentée : sans doute le souscripteur trouve-t-il à s'adresser à l'organisateur certains avantages ; sans doute l'organisation de la souscription suscite-t-elle des donations qui sans elle se seraient dirigées ailleurs ou même ne se seraient pas manifestées ; mais peut-on sérieusement mettre en balance d'une part la donation et de l'autre la satisfaction de savoir que cette donation sera jointe à d'autres pour atteindre le but proposé par l'organisateur et auquel on a adhéré ?

Mais, même si l'on fait sienne la réponse de M. Claro à cette première objection, son système de contrat commutatif entre souscripteur et organisateur se heurte à un second et nouvel écueil, comme le remarque M. Gros.

M. Claro semble, en effet, n'avoir envisagé qu'une face du problème. L'article 1104 s'exprime cependant en ces termes : « Il (le contrat) est commutatif, lorsque *chacune* « des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est « regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de « ce qu'on fait pour elle. » Or, si nous voyons bien ce que le souscripteur donne, et ce qu'il reçoit en échange — qu'il y ait entre ces deux opérations équivalence ou non — les avantages et les obligations qui découlent de la souscription ne peuvent pas être mis sur le même pied à l'égard de

l'organisateur. Cette multitude de difficultés et de démarches que s'évite le souscripteur en recourant à l'intermédiaire de l'organisateur, où en est la contrepartie ; quel équivalent en donne M. Claro ? M. Claro passe sous silence la question et la réponse. Evidemment, en cherchant bien, nous trouverions qu'organiser une souscription procure quelquefois aux promoteurs des à-côtés intéressants et très souvent une publicité profitable. C'est par exemple le cas d'un individu qui cherche à se faire remarquer dans le but d'obtenir une décoration. Citons, avec M. Gros, d'autres exemples : c'est un Conseil municipal qui, en faisant ériger un monument par souscription, veut passer pour se montrer soucieux de la beauté de la ville qu'il représente et cherche ainsi à assurer sa réélection. C'est l'Etat français qui, lors des tremblements de terre de Sicile, en 1907, recueillit lui-même, par l'intermédiaire de ses agents, les souscriptions en faveur des victimes de la catastrophe, et cela dans le but de développer les relations d'amitié avec une nation voisine.

M. Gros estime que tous ces avantages réels ou éventuels ne peuvent être mis en comparaison avec les charges assumées par l'organisateur. A notre avis, l'objection formulée par M. Gros est excessive, d'autant plus que ses exemples sont loin d'être probants. Reconnaissons néanmoins avec lui qu'il existe des cas où les charges dont est grevé l'organisateur, ne sont pas équilibrées par des avantages certains ; mais n'est-ce pas alors le cas de dire avec la Jurisprudence que, dans un contrat commutatif, chaque partie a seule qualité pour apprécier la réalité des avantages dont, en raison de ce contrat, elle bénéficie ?

Le système de M. Claro se heurte à un troisième et très grave écueil. Le contrat commutatif entre souscripteur et organisateur, en dehors des critiques de détail que nous

venons de lui adresser, soulève des difficultés insurmontables et qui suffisent à faire rejeter en bloc toute la théorie de M. Claro.

Contrat commutatif est un terme générique qui recouvre un nombre considérable d'autres contrats. Il convient donc de préciser l'espèce de contrat *do ut facias* qui intervient en matière de souscription.

Quand je verse à l'organisateur d'une souscription une somme à l'effet de la faire parvenir à tel bénéficiaire, le contrat que moi, souscripteur, je passe avec cet organisateur n'est autre qu'un mandat réel.

Je charge l'organisateur — donc mandat — de transmettre une somme à un tiers — donc mandat réel. C'est un transfert d'une chose du mandant au mandataire avec convention de faire à la charge de l'organisateur.

Ce type de mandat tire son originalité de ce que l'obligation assumée par le mandataire ne prend naissance qu'à la réception de la chose.

Si, au lieu d'effectuer le versement, je me borne à promettre la somme à l'organisateur, il n'y a plus mandat réel, ni même mandat : nous nous trouvons simplement en présence d'une promesse de mandat réel.

Mais le mandat est un contrat unilatéral, c'est-à-dire qu'il n'oblige que l'une des deux parties, en l'occurrence le mandataire. Le jour où je réaliserai ma souscription, où je verserai à l'organisateur-mandataire la somme que j'ai promise, je comprends que ce mandataire soit tenu de faire ce qui a été convenu, de transmettre la somme au bénéficiaire.

Si je ne verse pas la somme, comment — et c'est là le problème — concevoir que le mandataire puisse exiger le versement ? Le mandant n'a que des droits, le mandataire

que des obligations. Si je ne veux pas verser la somme que j'ai promise, personne, semble-t-il, ne peut me contraindre à ce versement, en tout cas pas mon mandataire.

La théorie de M. Claro tombe alors instantanément. La libéralité destinée au bénéficiaire n'a aucune stabilité puisqu'il dépend du souscripteur de la réaliser ou non. Ce n'est pas là le résultat auquel aboutit la Jurisprudence et l'on ne voit pas comment M. Claro, avec son système, peut empêcher un souscripteur repentant de revenir sur sa promesse.

SECTION IV

La souscription est un acte de droit public

Nous avons ainsi passé en revue les trois théories qui prétendent chacune découvrir la nature réelle du contrat de souscription. Or, tous ces systèmes paraissent ne pas tenir compte de la diversité d'aspects sous lesquels se présentent les souscriptions et de la multiplicité de buts auxquels elles tendent. C'est probablement cette remarque qui a amené M. Jean Appleton, professeur de droit administratif à l'Université de Lyon, à élaborer une nouvelle théorie qu'il expose en note de l'arrêt Bailly (1).

De la chaire qu'il occupe découle l'explication du point de vue un peu spécial auquel il s'est placé. En effet, il ne prend parti pour aucune des théories précédemment étudiées. Il loue la Jurisprudence du travail de rapprochement et d'adaptation qu'elle a été obligé d'accomplir à l'effet de rendre compte du contrat de souscription. Que la souscription ait été confrontée tour à tour, soit pour l'en rapprocher, soit pour l'en différencier, avec la donation proprement

(1) D. 1920. 2. 65.

dite, avec le don manuel, avec l'ensemble des contrats de bienfaisance et les contrats commutatifs, voilà qui lui semble légitime, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une souscription ouverte par des particuliers, en vue d'une œuvre privée, mais, en l'espèce (affaire Bailly), il s'agissait, dit-il, d'une souscription publique à ouvrir par une municipalité, en vue d'une œuvre d'assistance rentrant incontestablement dans ses attributions administratives (secours aux familles des mobilisés indigents). Dès lors, n'était-ce pas là, s'écrie M. J. Appleton, « une véritable opération de « service public, à laquelle les particuliers étaient appelés « ou s'offraient spontanément à collaborer » ? Qui dit service public, dit droit administratif. L'autorité judiciaire aurait donc dû, dans cette espèce et dans toutes les autres où un service public est en jeu, rechercher dans les règles du droit administratif les raisons véritables de sa décision — que du reste M. J. Appleton approuve... Et ça lui aurait été d'autant plus facile que, déjà depuis longtemps, le Conseil d'Etat et les tribunaux civils eux-mêmes ont dans une matière toute voisine, celle des offres de concours en vue de l'exécution des travaux publics, arrêté les contours d'une théorie empruntée toute entière aux règles du droit public. Lorsque des particuliers ont promis leur concours, en argent, en matériaux ou en immeubles, à une opération de travaux publics, que ce concours se manifeste sous la forme d'une souscription publique ou autrement, la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante pour reconnaître que ces offres de concours deviennent de simples incidents de l'opération administrative projetée ou entreprise : « Le but « poursuivi par les souscripteurs, écrit M. J. Appleton, « (coopérer à la construction et à l'aménagement d'un « ouvrage public) caractérise la nature même de l'acte

« juridique accompli par eux. Cet acte ne se présente plus
« sous couleur de libéralité : c'est une collaboration volon-
« taire à un service public. »

Cette dernière idée, M. J. Appleton se demande s'il ne serait pas à la fois logique et pratique de la faire intervenir toutes les fois que des particuliers promettent un concours matériel ou pécuniaire à l'exécution de n'importe quelle opération administrative. Il précise : « Un particulier
« adhère pour une somme de 100.000 francs à une souscrip-
« tion ouverte par la municipalité d'une ville en vue de
« fonder et de faire fonctionner une œuvre d'assistance
« comprise dans les attributions des communes. Cette offre
« de concours devient ainsi l'un des moyens d'exécution
« mis à la disposition de l'œuvre. Le souscripteur n'est pas
« un donateur proprement dit : c'est un collaborateur
« pécuniaire des services publics ; il a souscrit en vue de
« *faciliter le service*, pour permettre ou favoriser son fonc-
« tionnement. La souscription est un incident de l'opéra-
« tion administrative, elle se confond avec elle ; ce n'est
« plus un contrat de droit privé, c'est un acte juridique de
« droit public ; ce n'est donc pas au droit privé mais au
« droit public, dont le rôle est de régler l'organisation et le
« fonctionnement des services publics, leurs modalités,
« leurs opérations, qu'il convient de demander la réponse
« aux questions que fait naître l'offre de concours. Or, l'Ad-
« ministration est chargée d'assurer l'organisation et le
« fonctionnement continu des services publics, d'en déve-
« lopper les opérations administratives suivant les besoins
« publics. Elle jouit à cet égard, de toute la liberté néces-
« saire ; elle peut mettre en œuvre tous les moyens juridi-
« ques qui ne lui sont pas interdits par la loi. La souscrip-
« tion publique en est un, et comme la loi ne le réglemente

« pas (à l'exception des souscriptions aux œuvres de guerre
« prévues par la loi du 30 mai 1916), cet acte juridique
« obéira simplement aux principes généraux du droit; à
« l'abri de ces principes il produira tous les effets en har-
« monie avec le but en vue duquel il a été accompli. »

Et, pour M. J. Appleton, il n'y aura qu'à calquer les solutions fournies par le travail jurisprudentiel relativement aux offres de concours en matière de travaux publics ; ces solutions on les appliquera à tous les actes de même nature exécutés en vue des autres opérations administratives. M. J. Appleton propose l'adoption de ce point de vue en particulier pour les souscriptions ouvertes par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, en vue de création de nouveaux services d'hygiène, en vue de fondation de chaires dans les Universités, en vue de création de prix pour les encouragements aux sciences et aux lettres, etc...

D'où il suit que l'acte de souscription publique, ainsi entendu, présentera certaines particularités dont voici les plus intéressantes :

1^o Dès qu'est formulée l'adhésion à un contrat de souscription publique administrative, elle fait naître à la charge de l'offrant une obligation unilatérale, celle de maintenir l'offre un temps suffisant pour qu'elle puisse être connue et acceptée de l'Administration.

2^o Cet acte n'étant pas une libéralité, ne doit donc pas être traité comme une libéralité sujette à autorisation, dans les cas exceptionnels où cet acte de tutelle administrative est encore exigé.

3^o L'adhésion à une souscription publique administrative n'est soumise à aucune forme particulière. Elle ne peut plus être retirée dès qu'elle a été acceptée. Cette acceptation

peut être expresse ou implicite et résulter notamment, comme dans l'espèce Bailly, des remerciements publics adressés par le Conseil municipal à l'offrant, de la publication de son nom sur la liste de souscription reproduite par les journaux, ou encore de la mise à la disposition du service de crédits comprenant les sommes offertes. En outre, le décès de l'auteur de l'offre ne met pas fin à son obligation et ses héritiers sont tenus, pourvu qu'au jour dudit décès, la souscription se trouvât régulièrement acceptée. Bien plus, l'acceptation de l'offre pourra même intervenir valablement après le décès du souscripteur, et les héritiers seront tenus, s'ils ont négligé de rétracter auparavant l'engagement souscrit par leur auteur.

4^o Il faudrait enfin aller jusqu'à soumettre à la juridiction administrative le contentieux des souscriptions ouvertes en vue de services publics — par analogie avec celles qui ont pour but l'exécution de travaux publics. — Au reste, M. J. Appleton n'est pas de cet avis — au moins eu égard à la Jurisprudence actuelle au Conseil d'Etat. — « En effet, « dit-il, en fournissant une aide pécuniaire, le souscripteur « ne devient pas un agent coopérant à la gestion même du « service public, il en facilite simplement l'exécution. Dès « lors, en l'état actuel de la Jurisprudence, la compétence « administrative ne s'imposerait pas. »

Quelle est la valeur de cette théorie ? Son point de départ est incontestable : un grand nombre de souscriptions sont ouvertes, en vue d'opérations administratives, par ces personnes morales de droit public que constituent l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics.

Que, par ailleurs, ce genre de souscriptions tombe sous

le contrôle des juridictions administrative ou civile, le point n'est pas fait pour nous inquiéter (1).

En somme, M. Appleton, pour valider les souscriptions, tout au moins celles auxquelles il découvre une teinte administrative, recourt à un procédé analogue à celui qu'avait employé la Jurisprudence et qui consiste à dénier à la souscription son caractère libéral. Les tribunaux civils la transforment en acte à titre onéreux ; M. Appleton y voit une collaboration à un service public.

La Jurisprudence civile lui appliquait les règles des « Obligations », M. Appleton lui assigne comme domaine le droit administratif, en la rattachant aux offres de concours.

Ce rapprochement est excessif. Avant tout il faut bien voir ce qu'on entend par l'expression : *offres de concours*.

Quand des particuliers des départements, des communes ou d'Etat concourent soit spontanément, soit sur la sollicitation des pouvoirs publics à l'exécution de travaux publics, ils n'ont en général nullement l'intention de faire une donation. Bien au contraire, ils espèrent retirer de la construction projetée de sérieux avantages matériels ou moraux. Et cette remarque est si vraie que ces offres de concours sont souvent faites par des entrepreneurs de travaux publics avec l'espoir ou plutôt sous la condition formelle que les travaux à exécuter leur seront confiés. L'offre de concours n'est pas un acte libéral ; c'est une spéculation intéressée.

D'autres fois la collaboration aux travaux publics apparaîtra sous la forme d'une donation, c'est d'ailleurs ce que la Cour de Cassation a reconnu dans un arrêt du 8 novembre

(1) Une juridiction civile peut, en effet, être amenée à faire application des règles de droit public. Cf. note de M. BURDEAU sous Nancy, 21 fév. 1934. (Recueil de jurisprudence des Cours d'appel de l'Est, 1934, p. 146-147.)

1911 (1). Pour elle un acte, répondant d'ailleurs à la définition des offres de concours, qui aurait été dicté par une intention purement libérale, ne pourrait pas être qualifié d'offre de concours. En l'espèce, il s'agissait d'une disposition contenue dans un acte portant promesse à une fabrique d'une somme, à charge de construire une église, alors que cet acte avait été présenté par les parties comme une donation et ne devait procurer aucun avantage sérieux aux disposants.

Et, en effet, comme le déclare M. Romieu (2), « souvent il n'y a qu'une pure libéralité, ainsi pour des constructions d'églises ».

La position de la Cour de Cassation est très nette. Elle ne reconnaît l'appellation d'offres de concours que pour celles des offres qui doivent procurer à leurs auteurs un avantage sérieux.

Telle n'est point l'opinion de la Jurisprudence administrative. Elle se prétend compétente non seulement pour les offres de concours — telles que les définit la Cour de Cassation — mais encore pour celles auxquelles les tribunaux civils refusent ce nom, c'est-à-dire les offres désintéressées. Et voici par quel raisonnement à deux temps elle arrive à ce résultat :

1^o Si l'offre de concours intéressée tombe sous la compétence administrative, c'est en raison de l'expansion subite du droit administratif dans ce dernier quart de siècle. Pour attirer à elle le contentieux de ces contrats, la Jurisprudence administrative a insisté sur le lien étroit qui unit l'offre à l'opération de travaux publics : la référence aux

(1) D. 1912. 1. 289.

(2) Conclusions prises à l'occasion d'un arrêt du Conseil d'État du 9 mars 1906. D. 1907. 3. 117, 2^e colonne.

textes qui fixent la compétence en matière de travaux publics lui donna le moyen indispensable pour amener à elle ces questions.

2^o Même procédé à l'égard de l'offre de concours désintéressée. En raison de son rattachement par un lien indivisible à l'opération de travaux publics, l'offre de concours est une convention particulière au droit public ; même faite à titre gratuit, elle ne constitue pas une donation proprement dite, elle obéit à des règles propres au droit administratif (1).

C'est ainsi que la Jurisprudence administrative a confondu les deux genres d'offres de concours en se préoccupant uniquement du but à atteindre. Ce qui compte, pour elle, c'est moins la nature du contrat que le but poursuivi.

Mais de cette constatation découle-t-il que la véritable nature du contrat ait été prise en considération ? Contrat *sui generis*, disent les tenants du droit administratif. Belle explication pour abandonner les règles du droit civil. Mais solution insuffisante pour caractériser réellement l'acte ; et *a fortiori* pour étendre les principes directeurs de cette manière de voir aux souscriptions ouvertes en vue de faciliter un service public.

Que dans un avenir plus ou moins rapproché ces souscriptions relèvent des tribunaux administratifs : c'est possible, il n'en restera pas moins que le terme d'offres de concours n'est qu'une appellation employée par le Conseil d'Etat pour étendre sa compétence à des opérations qui devraient lui échapper.

Dès lors, la théorie de M. J. Appleton en tant qu'elle assimile les souscriptions qui ont pour but de faciliter un

(1) Gaston JÈZE, *Les contrats administratifs*, p. 170. HAURIOU, *Précis*, 10^e édition, p. 740. TISSIER, *Dons et legs*. T. II, n^o 354.

service public aux offres de concours qui ont pour but l'exécution d'un travail public, ne tient nul compte de la nature exacte de ces souscriptions ; en tant qu'elle ne se préoccupe que du but, elle méconnaît le principe juridique élémentaire qui veut que la nature d'un acte ne puisse être modifiée par le but en vue duquel l'acte a été accompli.

SECTION V

Explications positives

M. Ripert (1) est guidé par des considérations de fait. Pour lui, les souscriptions ouvertes pour créer ou soutenir une œuvre de bienfaisance ou d'utilité publique sont des donations qui devraient être soumises au principe de la solennité puisque aucun texte ne vient apporter de dérogations. Mais *pratiquement*, la multiplicité et la modicité des souscriptions individuelles rendent impossibles l'emploi des formes solennelles. D'où il conclut qu'il est préférable de voir dans cette promesse de don manuel un contrat spécial consacré par la coutume, contrat qui n'est pas une donation, mais grâce auquel on peut réaliser une libéralité.

—M. Josserand (2) se place lui au point de vue purement positif. Le formalisme matériel consacrerait, si on y faisait droit dans l'hypothèse des souscriptions publiques, l'échec de la souscription dont l'accès doit être facilité et non embarrassé par des *impedimenta* formels. Sans prendre parti pour aucune théorie, M. Josserand se contente de signaler qu'un moyen radical pour écarter l'application de l'ar-

(1) RIPERT. *Traité pratique de Droit civil français*, 1933, tome V, p. 425, n° 418.

(2) JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1930, tome III, n° 1337 et 1338.

ticle 931 serait de refuser à la souscription le caractère d'une donation et il constate que dans l'affaire Bailly la Cour de Nancy qui recourt à cette argumentation voit dans la souscription une libéralité qui n'est point une donation. Il conclut, avec M. Ripert, que le raisonnement adopté par la Cour de Cassation pour faire porter effet à ces souscriptions est à peu près le même que celui dont on use pour valider les libéralités indirectes et les donations déguisées. Bien mieux, les termes employés par la Cour de Cassation dans ces différentes espèces, sont identiques : « Attendu, déclare-t-elle à propos de chacune de ces libéralités, que la loi ne l'a pas soumise aux règles et conditions des actes portant donation entre vifs... »

Ces deux opinions se complètent. M. Ripert montre l'intérêt et même la nécessité qu'il y a à favoriser ce genre de libéralités, M. Josserand explique le procédé dont se servent les tribunaux pour les approuver.

Mais ni l'un ni l'autre ne posent le problème des libéralités par acte de volonté unilatérale. M. Ripert fait bien appel à la coutume, mais il entend toujours que l'acte intervenu est un contrat. M. Josserand constate simplement que la Jurisprudence appuyée sur la tradition et pénétrée des besoins de la pratique, s'efforce de réduire le domaine d'application de l'article 931 auquel elle applique une méthode d'interprétation restrictive ; ainsi ce texte va se rétrécissant de plus en plus au contraire de certaines dispositions du Code Civil qui s'élargissent chaque jour, comme l'article 1121 relatif à la validité de la stipulation pour autrui.

CHAPITRE II

LES DONATIONS PAR ACTES DE VOLONTÉ UNILATÉRALE

(Essai de construction juridique)

L'étude des théories qui se sont dégagées à l'occasion du problème des souscriptions ne nous a pas apporté la satisfaction que nous étions en droit d'attendre. Tous les systèmes pèchent par un côté, et ceux qui prétendent que la souscription n'est pas une libéralité, et ceux qui admettent entre souscripteur et organisateur le fonctionnement d'un contrat commutatif destiné à valider la promesse de donation, et ceux qui font appel à des notions de pur droit administratif. Bien mieux, aucun auteur n'aborde la question des souscriptions indépendantes (1). Il importe donc, en cet état de notre travail, que nous fassions connaître notre sentiment.

Une distinction primordiale s'impose tout d'abord : ou la souscription se présente à l'état pur, indépendante de toute autre opération, ou elle est prise dans l'engrenage d'un mécanisme plus complexe.

SECTION I

Des souscriptions indépendantes

§ 1. Le problème général de l'engagement par acte de volonté unilatérale

Les termes du problème sont les suivants : une personne promet une donation à un organisme de droit public.

(1) Voy. cep. Ch. BEUDANT, *op. cit.*, n° 22.

Cette promesse est-elle susceptible de contraindre son auteur à la réaliser le cas échéant ? Le bénéficiaire de la promesse peut-il forcer le promettant à parfaire sa libéralité ? En un mot : quelle est la valeur de cette promesse de donation ?

Dans notre Droit français, en Doctrine comme en Jurisprudence, il n'est pas discuté que la promesse de donation « de particulier à particulier » soit nulle d'une nullité absolue quand elle n'est pas conforme aux dispositions des articles 931 et 932, c'est-à-dire lorsqu'elle ne se confond pas avec la donation elle-même.

Il semblerait qu'une solution identique dût prévaloir dans l'hypothèse où la promesse est adressée non à un « particulier », mais à une collectivité de droit public.

Il n'en est rien. Le Code Civil n'a repoussé la notion d'engagement par volonté unilatérale en matière de libéralité qu'en vue d'assurer la protection d'une part, du donateur contre lui-même, de l'autre, de ses créanciers et héritiers, contre des actes qui les lésaient iniquement.

La conception contractuelle de la donation parvient à ce résultat en accumulant les obligations formalistes et en retardant le plus possible l'instant où le donateur sera définitivement engagé.

Le législateur ne veut pas qu'une personne en gratifie une autre au détriment des intérêts légitimes que représentent créanciers et héritiers.

La situation est différente si le bénéficiaire de la promesse est non un individu, mais un organisme de droit public,

La Société a des droits sur l'individu ; chaque groupement, chaque collectivité organisée en vue du bien général de la Société mérite d'être considéré avec faveur et traité

avec bienveillance. Les intérêts des créanciers, des héritiers et du donateur lui-même, pour fondés qu'ils soient, passent après l'intérêt général.

Dès lors les règles du Code Civil en matière de donation d'individu à individu ne sauraient avoir effet relativement à des libéralités d'une nature différente. Le contrat de donation ainsi que l'esprit de sa réglementation sont sans application dans notre espèce.

On ne voit pas pour quelles raisons il conviendrait de se référer à des dispositions exceptionnelles et restrictives.

Si l'on n'a plus à craindre la donation, si au contraire on cherche à la favoriser puisqu'elle répond à un but d'intérêt général, qu'est-il besoin de faire appel à une notion conçue dans un esprit spécial et tendant à un but différent ?

Pourquoi ne pas revenir à des idées plus simples, plus juridiques certainement, pour le plus grand profit d'un donataire digne d'intérêt ?

La conception de la donation par acte de volonté unilatérale répond à ces desiderata. Dès que le promettant aura émis son offre de donation il sera tenu de la réaliser à la volonté du donataire.

Les objections à cette manière de voir ne manquent pas, que l'offre envisagée se présente à titre gratuit ou onéreux. Le problème, en effet, déborde le domaine des *Donations* pour s'étendre à celui des *Obligations* en général.

Dans son traité des *Obligations* (1), Pothier écrit : « ... Or, « de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer « à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne « concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas par « ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma

(1) L. 4, t. II, p. 5.

« personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir
« par l'acceptation de ma promesse. »

Il résulte de là que l'offrant peut toujours retirer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée. Il en résulte aussi que l'offre tombe par la mort de celui qui l'a faite ou par la survenance de son incapacité avant l'acceptation (I).

C'est une application de cette dernière conséquence que l'article 932 contiendrait. Il nous dit, en effet que la donation entre vifs n'engage le donateur que du jour où elle a été acceptée, et il ajoute que l'acceptation doit être faite *du vivant du donateur*.

Cette doctrine donne lieu dans les rapports juridiques à de graves inconvénients, et l'on ne voit comment la concilier avec la pratique courante dans les affaires qui consiste, en faisant une offre, à fixer au destinataire *un certain délai d'option*. Il paraît évident que l'auteur de l'offre ne peut être considéré comme libre de la rétracter avant l'expiration des délais par lui fixés.

Aussi, plusieurs systèmes ont été proposés pour tempérer cette doctrine dénommée classique. Le premier de ces systèmes enseigne qu'en retirant son offre, comme on persiste à dire qu'il en a le droit tant qu'il n'y a pas eu accord des volontés, le pollicitant peut encourir une certaine responsabilité, mais de nature délictuelle. Un tel système n'est pas soutenable. Il s'agit, en effet, de savoir si, oui ou non, le pollicitant avait le droit de rétracter son offre avant l'expiration du délai. En résolvant cette question par l'affirmative, il n'a pu encourir de responsabilité délictuelle en usant de son droit dans des conditions normales. C'est donc résoudre la question par la question. En second lieu,

(1) V. Req., 21 avril 1891, D. P. 92. 1. 181, S. 95. 1. 398.

que comprendront les dommages-intérêts qui pourraient être réclamés au pollicitant à raison du préjudice qu'a subi son correspondant en comptant sur l'offre qui lui était adressée et en prenant ses dispositions en conséquence ? Le *lucrum cessans*, c'est-à-dire tout le bénéfice qu'eût procuré au créancier la conclusion du contrat ? Autant dire alors que l'offre n'a pu être valablement retirée et que le contrat s'est formé entre les parties.

Un autre système, celui de l'*avant-contrat*, fait un pas de plus ; il voit dans l'offre le fondement d'une obligation de nature contractuelle à la charge du pollicitant. Dans l'offre faite avec délai d'option, il y a, dit-on, en réalité, deux offres : l'offre de contrat qui attend, pour se transformer en contrat, l'adhésion du correspondant, et l'offre de s'engager à maintenir la pollicitation pendant le délai indiqué. Or cette offre secondaire est de nature telle qu'elle est réputée acceptée par le destinataire dès qu'elle est parvenue à sa connaissance. En effet, elle est tout à son avantage. Donc, dès ce moment, un avant-contrat s'est formé entre les parties, en vertu duquel le pollicitant s'est engagé à ne pas rétracter son offre avant l'expiration du délai d'option. Que, par la suite et dans la limite de ce délai, le destinataire accepte, le contrat sera formé et le créancier pourra en poursuivre directement l'exécution.

Le même raisonnement peut être étendu aux offres formulées sans indication d'un délai d'option. On dira qu'elles contiennent toujours un délai implicite, à savoir le temps moralement nécessaire pour que le destinataire puisse examiner la proposition et faire connaître sa réponse (1).

(1) Req., 28 fév. 1870, D. P. 71. 1. 61, S. 70. 1. 296. Cf. BORDEAUX, 29 janv. 1892, D. P. 92. 2. 390.

Certains auteurs vont encore plus loin et admettent que le pollicitant tout en ayant, bien entendu, le droit de retirer son offre, sauf pourtant pendant le délai d'option accordé à l'autre partie, doit être considéré, du moment où il n'use pas de cette faculté de rétractation, comme ayant été lié *dès que s'est manifestée sa volonté unilatérale de s'obliger* et, par conséquent, avant même que le destinataire de l'offre en ait eu connaissance. C'est là le véritable engagement par acte de volonté unilatérale. Il n'y a aucune impossibilité logique d'admettre qu'une personne soit engagée du moment qu'elle en a manifesté clairement l'intention, avant même que celui qui doit bénéficier de son obligation ait accepté l'offre, ou même en ait eu connaissance.

« Les exemples ne manquent pas, écrit M. Capitant (1),
« de personnes qui deviennent créancières sans le savoir,
« *etiam ignorantes*. C'est le cas notamment pour celui dont
« les affaires ont été gérées à son insu, et aussi pour le béné-
« ficiaire d'une stipulation pour autrui, pour celui qui a
« subi un préjudice sans s'en douter et qui, dès ce mo-
« ment, est devenu créancier de la réparation de ce pré-
« judice en vertu des articles 1382 et 1383, et enfin pour
« l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui, voulant le
« purger, offre aux créanciers hypothécaires de leur en
« payer le prix. »

M. Capitant s'arrête dès lors aux trois propositions suivantes :

1^o L'offre oblige le pollicitant à contracter plus tard. Les obligations du contrat ne prennent donc naissance que lors de l'adhésion du destinataire.

2^o La rétractation peut intervenir lorsque l'offre n'a pas été acceptée pendant le délai implicitement fixé. Au

(1) *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e édit., t. II, p. 272.

contraire, en cas de délai exprès, on doit admettre que la simple expiration de ce délai sans acceptation entraîne la caducité de l'offre.

3^o Le décès du pollicitant ne rend pas l'offre caduque ; elle continue à lier ses héritiers. La Jurisprudence du Conseil d'Etat est en ce sens, car elle admet que les offres de concours volontaire faites à l'administration par des particuliers pour obtenir l'exécution d'un travail public, subsistent même après le décès de l'offrant (1).

M. Capitant remarque à ce sujet qu'une solution contraire semble résulter de l'article 932. Mais il ne pense pas qu'il y ait là une objection péremptoire, car les règles relatives à l'acceptation des donations entre vifs ont un caractère spécial ; elles se lient, comme les conditions de forme, à l'ensemble des exigences légales particulièrement rigoureuses établies en pareille matière pour la protection des familles et des donateurs contre l'abus des donations.

Ces diverses théories se rapprochent de la réalité ; elles méconnaissent cependant une distinction que nous n'avions fait jusqu'ici qu'ébaucher et qu'il convient maintenant de préciser.

La pollicitation, mère de la souscription moderne, constituait évidemment une offre. Cette offre ne tirait pas sa force obligatoire d'une acceptation, fût-elle tacite, la transformant en contrat. Ce n'était pas davantage un avant-contrat, contraignant celui qui l'avait émise à contracter plus tard.

La donation du Code s'effectue en deux temps : d'abord une offre, puis une acceptation : le tout formant contrat. La pollicitation et la souscription, elles, ne se confondent

(1) Cons. d'État, 3 août 1900, D. P. 1901, 3. 643, S. 1903. 3. 13.

pas avec cette offre dont l'aboutissement normal est un contrat.

Quand nous disons : engagement par acte de volonté unilatérale, nous entendons affirmer qu'aucune acceptation n'est nécessaire pour rendre valable l'offre ; la promesse vaut par elle-même. Ce qui revient à dire qu'on ne peut l'assimiler à une simple promesse de libéralité. La pollicitation est une libéralité entre vifs, complète, totale ; aussi absolue que le contrat de donation du Code.

La différence entre ces deux procédés techniques de réaliser une libéralité entre vifs réside en ce que la pollicitation est un acte unilatéral, tandis que la donation du Code se présente sous l'aspect d'un contrat et comme telle suppose un accord entre deux volontés. Ce qu'on nomme *promesse de donation* devrait être appelé *promesse de contrat de donation*. Cette promesse, sans valeur par elle-même, ne portera effet, les formes ayant été respectées, que grâce à l'acceptation, élément indispensable à la naissance du contrat de donation. C'est pourquoi l'acceptation est à juste titre considérée comme une condition de validité.

La situation est tout autre avec la pollicitation. Celui qui offre n'est pas en quête d'acceptation. Supposons qu'une offre de récompense soit adressée par voie d'affiche ou de presse, par exemple, à quiconque retrouverait un bijou perdu (1). Qu'un individu, après lecture de l'affiche, se présente à l'auteur de l'offre et lui déclare l'accepter ; voilà qui importera peu au pollicitant ; ce qu'il demande c'est qu'on lui rapporte l'objet égaré. La pollicitation apparaît donc comme une *offre non acceptable*. Dès que son auteur l'a émise, il se trouve lié. Quand l'objet sera découvert, la condition accolée à la promesse sera remplie et

(1) Voy. CAPITANT, *op. cit.*, 7^e édition, p. 29, § 29.

alors s'ouvrira le droit à l'exécution, c'est-à-dire au versement de la prime.

Cette analyse nous amène à conclure que la pollicitation ou la souscription ne s'identifient nullement avec des promesses de contrat qu'on validerait pour certaines raisons, mais bien au contraire qu'elles cheminent parallèlement au contrat de donation prévu et réglementé par le Code.

Dès lors les propositions auxquelles M. Capitant s'est arrêté ne sauraient plus être toutes retenues :

1^o L'offre n'oblige pas le pollicitant à contracter plus tard ; elle se suffit à elle-même.

L'adhésion du bénéficiaire n'est qu'une simple condition d'exécution et sans effet sur la validité de la libéralité ; elle contraindra le pollicitant au dessaisissement effectif, le dessaisissement juridique s'étant réalisé au moment de l'émission de l'offre.

2^o Aucune rétractation ne peut intervenir.

3^o Le décès du pollicitant ne rend pas l'offre caduque ; elle continue à lier ses héritiers.

Cette analyse et les conséquences qu'elle entraîne n'ont rien de révolutionnaire. Les décisions jurisprudentielles s'accordent avec cette manière de voir, tout au moins dans les résultats auxquelles elles aboutissent. Et même, sur la question de savoir si la souscription constitue bien un engagement par acte de volonté unilatérale, la Cour de Cassation nous apporte un appoint d'importance. Quand elle rendit son arrêt dans l'affaire Bailly, elle rejeta le pourvoi de ce souscripteur par des considérants plus explicites qu'ils n'apparaissent au premier abord.

« Attendu, déclare-t-elle, que la souscription, par sa « nature, n'est pas soumise aux formalités prescrites par

« l'article 931 du Code Civil pour les actes portant donation
« entre vifs... »

Certains auteurs, dont M. Josserand, prétendent que la Cour de Cassation n'a pris parti sur la nature juridique de la souscription. Tel n'est pas notre avis. Sans doute ne s'explique-t-elle pas sur cette nature, mais elle laisse nettement percer une pensée qu'il est aisé d'interpréter.

Par le rapprochement qu'elle opère entre la souscription et la donation entre vifs, elle affirme le caractère libéral de la souscription. Elle distingue ces deux institutions, à *raison de la nature*. Or, comme les actes portant donation entre vifs ont une nature contractuelle, il est bien évident que les souscriptions revêtent un caractère différent et qui n'est autre que celui d'acte unilatéral. La logique rejoint ainsi l'analyse juridique.

§ 2. Des conditions de validité de l'engagement par acte de volonté unilatérale en matière de libéralités entre vifs

Nous savons que cet acte de volonté unilatérale ne saurait produire effet dans toutes les hypothèses eu égard aux impérieuses dispositions de l'article 932. C'est en partant des précédents romains et de l'Ancien Droit que nous établirons les conditions d'existence de cette donation par souscription dans notre Droit moderne.

Les Romains exigeaient d'une part que la pollicitation soit adressée à la cité, à la *res publica*. D'autre part, cette pollicitation pour contraindre effectivement son auteur à la réaliser devait être assortie d'une *justa causa* ou avoir fait l'objet d'un commencement d'exécution.

La même conception fut admise par l'Ancien Droit avec une tendance à l'élargissement de la notion de collectivité.

La *res publica* ce n'est plus seulement l'Etat, la ville, c'est l'Eglise, les pauvres. Toutes les collectivités en rapport avec l'intérêt public étaient susceptibles d'être gratifiées par le moyen de la pollicitation.

Ces collectivités, au *xvii^e* siècle se divisaient en trois classes : communautés ecclésiastiques, corps ou compagnies laïques, établissements mixtes ; les pauvres, en nom collectif, formaient un corps irrégulier habile également à recevoir les libéralités.

Toutes ces différentes communautés, compagnies ou corporations étaient comprises sous la dénomination générale de gens de main-morte.

L'on y comprenait également « les places établies à perpétuité, pour être remplies successivement par une seule « personne chargée de fonctions qui ont rapport *au bien* « *général de la société*, soit dans l'ordre de la religion, soit « dans l'ordre de la police temporelle.

« L'intérêt de la religion, les besoins de la Société, la « manutention de l'ordre public, l'organisation du Corps « politique en un mot, exigeaient l'établissement des corps « ecclésiastiques et laïques, des asiles de charité, des bénéfices « et des places de main-morte (1). »

De nos jours les collectivités se sont multipliées, certaines visent uniquement à sauvegarder des intérêts particuliers, sans rapport avec l'intérêt général. Des souscriptions adressées à ces associations, qu'elles soient déclarées ou non, ne pourraient lier les donateurs. Ces groupements n'ont du reste pas la capacité de recevoir de donations quelles qu'elles soient, encore que la règle n'aille pas sans exception. Ainsi le « Secours National » alors qu'il n'était pas reconnu d'utilité publique, recueillit environ dix millions pendant les

(1) RICARD, *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. III, sect 13, p. 153.

treize premiers mois de la guerre, en ouvrant des listes de souscription que le *Journal Officiel* publiait. C'est un cas de tolérance administrative intéressant à noter dans cette matière.

La règle générale est donc fort simple : seules comme groupements privés, les associations reconnues d'utilité publique doivent être considérées comme poursuivant des buts collectifs d'intérêt général.

Les collectivités de droit public, répondent par hypothèse à des besoins dont la satisfaction est utile à la Société ; aussi l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics viennent-ils s'ajouter aux associations reconnues d'utilité publique.

A cet égard il convient de citer la loi du 30 mai 1916 sur les œuvres faisant appel à la générosité publique, complétée par le décret du 18 septembre 1916.

Dès le début de la guerre de nombreuses œuvres s'étaient créées qui faisaient appel à la générosité publique en vue d'alléger dans une certaine mesure le poids des souffrances causées par les hostilités. Certaines de ces associations venaient en aide aux familles des mobilisés, d'autres se proposaient d'améliorer l'ordinaire des combattants.

Ces buts louables étaient de nature à leur attirer des sommes importantes et à leur concilier les faveurs de l'Administration. Malheureusement, à côté de ces œuvres de solidarité patriotique sérieuses et respectables dont la guerre avait provoqué l'éclosion, d'autres entreprises naquirent qui, sous couleur d'assistance aux soldats, aux blessés, aux prisonniers, aux réfugiés des territoires envahis, aux familles des mobilisés, tirèrent argent à leur profit de la générosité publique. De ces entreprises odieuses il était urgent d'empêcher ou de frapper les agissements. Ce fut

l'œuvre de la loi du 30 mai 1916 (1), complétée par le décret du 18 septembre 1916 (2).

Cette loi permit aux œuvres *non déclarées d'utilité publique*, de recueillir des dons en faisant appel à la générosité publique, sous condition qu'elles soient autorisées par le ministre, après avis d'une commission de contrôle. De plus, certaines règles étaient édictées quant à la comptabilité de ces œuvres. Et — c'est ce qui apparaît comme capital — l'article 14 du décret précise que sous la rubrique « Recettes » seront portées les « subventions de l'Etat, des départements, « communes et établissements publics », ainsi que les « *souscriptions ou dons de particuliers*, associations, œuvres, établissements privés... »

L'importance que revêtent cette loi et ce décret est double. D'une part, en apportant une exception à la règle que nous venons d'établir ils en vérifient l'exactitude. Normalement, les associations *non reconnues d'utilité publique* ne devraient pas pouvoir recevoir de libéralités, par souscription ou autrement ; pourtant ce droit leur est accordé, mais à titre exceptionnel.

D'autre part, le texte qui vient d'être cité consacre avec certitude la validité des souscriptions individuelles. Il est bien évident, en effet, qu'en inscrivant des dispositions relatives aux « souscriptions de particuliers » le législateur a sous-entendu la validité de ces opérations. Sans doute la cessation des hostilités a-t-elle abrogé ces lois de guerre ; il n'en subsiste pas moins qu'il semble bien avoir été décerné aux souscriptions un brevet de validité, indépendant des textes éphémères dans lesquels il est expressément consigné.

Mais il faudra que les autres conditions de validité de la

(1) *J. O.* des 2 et 3 juin 1916.

(2) *J. O.* du 24 septembre 1916.

pollicitation soient remplies : qu'il y ait une *justa causa* ou un commencement d'exécution.

On ne rencontre plus dans notre Droit de pollicitations *ob honorem*. Nous les appellerions : tentatives de corruption. En fait, elles n'ont pas disparu complètement, mais au lieu que jadis la donation adressée ouvertement à la collectivité profitait à tous, de nos jours la corruption se dissimule et n'enrichit que quelques individus sans scrupules.

L'affaire Bailly constitue un bel exemple de pollicitation *ob calamitatem*.

Le commencement d'exécution sert à valider indistinctement toutes les pollicitations. Même lorsque la pollicitation ne s'appuie que sur lui, elle constitue néanmoins un engagement par acte de volonté unilatérale. Sans doute les Romains déclaraient-ils que celui qui promet *sine causa* n'est pas obligé ; l'absence de juste cause ne permet pas à l'acte de produire effet contre son auteur ; cependant le commencement d'exécution à lui seul étant impuissant à lier un donateur, on doit bien en déduire qu'il s'agit là aussi d'un engagement par volonté unilatérale, puisque sans la promesse et malgré le commencement d'exécution le pollicitant se serait pas obligé.

L'affaire Bardet illustre d'une manière saisissante cette sorte de pollicitation. Bardet s'était engagé *sine causa* envers la fabrique, mais les cloches furent exécutées ; aussi la promesse de Bardet fut-elle déclarée valable.

Il convient de ranger également dans cette catégorie toutes les promesses de récompense (1). Ces offres s'adres-

(1) Le Code Civil allemand décide formellement et très justement dans son article 145 que l'individu qui a retrouvé et restitué un objet perdu a droit à la récompense promise, même s'il n'a pas eu connaissance des offres du propriétaire. L'offre a donc suffi à engager définitivement son auteur.

sent au public tout entier. Ce sont des engagements *sine causa* qui obligent leurs auteurs à réaliser leurs promesses lorsque, par exemple, l'objet perdu est retrouvé. Le commencement d'exécution réside, en ce cas, dans la restitution de l'objet en question.

Ainsi, malgré l'Ordonnance de 1731, malgré le Code Civil, le Droit moderne par sa Jurisprudence et dans sa législation, tend à renouer la tradition d'avant 1731, celle de l'Ancien Droit et du Droit romain.

SECTION II

Des souscriptions aux souscriptions publiques

Les promesses de libéralités entre vifs émises à l'occasion de souscriptions publiques soulèvent, quant à leur validation, des difficultés semblables à celles que nous venons d'étudier et d'autres qui leur sont propres.

§ 1. La validation de ces souscriptions est nécessaire

Les souscriptions publiques constituent des procédés techniques d'appel au public en vue de réaliser des buts déterminés. Par cette mise en œuvre de la collectivité, elles donnent incontestablement lieu à d'utiles manifestations d'initiative et de solidarité qu'on ne saurait trop encourager. La participation d'une multitude de souscripteurs apporte avec elle la garantie que les fins recherchées débordent le domaine de l'intérêt individuel.

La souscription publique permet d'atteindre des résultats auxquels, pris isolément, chacun des promettants ne pourrait parvenir qu'en consentant des sacrifices excessifs. Elle

dilue en quelque sorte à travers la collectivité une charge trop lourde pour un seul. Elle joue ainsi le rôle d'une vaste société de secours mutuels dans laquelle l'effort de chacun, cependant insuffisant par lui-même, est indispensable à tous.

Par ailleurs, la souscription publique répond à une nécessité. Son mécanisme très simple lui permet de mener à bien des entreprises qui demandent une réunion rapide de fonds. Il est des remèdes qui ne guérissent qu'à condition de les appliquer immédiatement. C'est précisément le grand mérite de la souscription publique de pouvoir répondre sans délai aux souffrances auxquelles une action tardive n'apporterait aucun soulagement. Des secours rapidement à pied d'œuvre sont souvent préférables à une aide plus importante, mais plus lente à venir. Ainsi la souscription publique a sa place tout à côté de la fondation.

Quand une œuvre destinée à satisfaire des besoins permanents devait être créée l'Ancien Droit connaissait une institution qui convenait parfaitement à un but exigeant la continuité dans l'effort et la survivance aux administrateurs : c'était la fondation. Le Code Civil, d'esprit individualiste, l'ignore. Mais depuis longtemps la Jurisprudence, en admettant la possibilité de fondations indirectes, montre qu'elle a compris l'importance de ce procédé technique.

La fondation est faite pour des œuvres permanentes, la souscription publique en vue de besoins passagers et urgents ; on peut ainsi dire que la souscription publique est une fondation provisoire, que l'achèvement du but qu'elle se propose anéantira automatiquement.

Enfin, se montrer trop rigoureux à l'égard des souscriptions individuelles ce serait tarir avec certitude une des

sources les plus profitables et les plus dignes d'intérêt de la générosité publique. Si ces libéralités ne se trouvaient pas validées les souscriptions publiques perdraient un nombre considérable de souscripteurs. Si ces derniers étaient contraints de se conformer aux articles 931 et 932 pour imprimer à leurs offres un caractère légal, ils s'abstiendraient. Voilà le dilemme. Nul doute que cette constatation pratique n'ait été toujours présente à l'esprit des doctrinaires et des magistrats toutes les fois qu'il s'est agi de valider une de ces souscriptions.

§ 2. Les souscriptions aux souscriptions publiques
sont des actes de volonté unilatérale

Nous connaissons les théories auxquelles a donné naissance le problème des souscriptions publiques. Aucune ne nous a satisfaits. Celle de M. Claro, qui paraissait la plus approfondie sur le terrain du droit privé, aboutissait en réalité à un résultat inique, en complet désaccord avec la Jurisprudence et le sentiment intime de son auteur. C'est en partant de cette théorie que nous tenterons d'édifier en nous appuyant sur les précédents romains et sur le raisonnement logique, une construction susceptible d'expliquer et de justifier au double point de vue du droit et du simple bon sens les solutions consacrées par la Jurisprudence.

M. Claro estimait, nous l'avons vu, que la souscription constituait une libéralité dans les rapports du souscripteur et du bénéficiaire, libéralité qui tirait sa force d'un contrat commutatif passé entre le souscripteur et l'organisateur, aux termes duquel l'un s'engageait à verser une somme et l'autre à la faire parvenir au bénéficiaire.

Le contrat commutatif en question n'était autre qu'une

promesse de mandat réel du type *do ut facias*, contrat unilatéral obligeant le seul mandataire, en l'espèce l'organisateur.

Le souscripteur, mandant, ne pouvait être contraint par l'organisateur de réaliser sa promesse de mandat réel. Dès lors, la pollicitation au bénéficiaire ne portant effet qu'en raison du contrat intervenu entre le souscripteur et l'organisateur, et l'organisateur n'ayant aucun droit pour forcer le souscripteur à parfaire son mandat, l'accomplissement de la libéralité restait subordonné à la volonté du donateur, libre de la réaliser à son gré.

Ce résultat est inconciliable avec les données jurisprudentielles. Il se heurte en outre à toutes les raisons qu'on a de valider la pollicitation et que nous avons précédemment énumérées.

Si la solution du problème ne se trouve pas dans les rapports du souscripteur et de l'organisateur, il semble qu'il y aurait intérêt à la rechercher en étudiant les rapports du souscripteur et du bénéficiaire. Que par aventure nous puissions analyser la souscription en un acte de volonté unilatérale, adressé au bénéficiaire, dont l'organisateur ne serait que le représentant qualifié, nous comprendrions alors facilement que l'organisateur puisse, au nom du donataire, exiger la réalisation d'une offre qui engageait son auteur par sa seule émission.

C'est en recourant à la leçon romaine qu'on découvre les éléments initiaux de cette conception.

Les Romains connaissaient des pollicitations *sine causa* qui constituaient des donations par acte de volonté unilatérale dès que l'exécution de l'ouvrage promis avait été commencé.

Ce commencement d'exécution n'avait pas trait unique

ment à la matérialité des travaux d'édification ; à côté du commencement d'exécution réel la Digeste en prévoit un fictif.

La simple désignation au pollicitant d'un terrain où il pourra construire son édifice fait considérer l'ouvrage comme commencé. Mieux encore, la seule numération des deniers promis empêchera le retrait de la promesse et le promettant sera tenu comme s'il avait effectivement commencé l'ouvrage.

Ainsi dire que l'ouvrage est commencé, c'est employer une expression générique qui ne suppose nullement que le premier coup de pioche ait été donné, mais simplement qu'un acte se rapportant à la promesse a été accompli par le pollicitant ou même par d'autres personnes intéressées à sa réalisation.

C'est à cet égard qu'un texte d'Ulpien que nous avons cité revêt toute son importance. Il se réfère à l'hypothèse suivante : une personne promet d'élever des colonnes en l'honneur des Citiens, puis se maintient dans l'inaction. La cité alors, ou les concitoyens du pollicitant commencent d'exécuter l'ouvrage. Par cette participation à la promesse primitive, le pollicitant ne peut plus abandonner ce qui a été commencé.

Or nous savons que, malgré ce « commencement d'exécution, » l'ouvrage n'a peut-être pas été commencé effectivement.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion : d'abord que le simple fait que d'autres personnes se soient intéressées, notamment en versant des fonds, au but que se proposait le pollicitant contraint ce dernier à acquitter sa promesse.

Cette solution est logique et il n'apparaît pas difficile d'en faire l'application aux souscriptions publiques.

Lorsque l'organisme a déjà recueilli des fonds « l'ouvrage » est commencé ; dès lors un souscripteur qui n'a que promis ne peut plus se rétracter, sinon il compromet l'œuvre entreprise ; il risque de rendre inutiles les efforts déjà faits par d'autres.

Dans l'hypothèse des souscriptions publiques comme dans celle des souscriptions indépendantes nous retrouvons un engagement par acte de volonté unilatérale. Par sa seule promesse, du moment que « l'ouvrage est commencé », le pollicitant est définitivement obligé. Le bénéficiaire de la promesse peut en exiger l'exécution ; généralement c'est l'organisateur qui se charge de cette mission, mais de graves difficultés surgissent quand on examine ces questions de plus près.

§ 3. Les droits de l'organisateur

Les difficultés relatives à l'exécution des souscriptions émises à l'occasion de souscriptions publiques sont de trois sortes. Si le bénéficiaire n'agit pas, l'organisateur pourra-t-il poursuivre l'exécution, et en quelle qualité ? D'autre part, si l'organisateur manque à son mandat, quels droits les souscripteurs exerceront-ils ?

Le bénéficiaire de la promesse se soucie rarement de réclamer son dû ; il n'a généralement rien demandé, tout au moins quand il ne s'est pas mué en organisateur ; ce qu'on lui donnera sera tout bénéfice pour lui. L'organisateur va le représenter. En lançant la souscription, il s'est conduit en gérant d'affaires, quelquefois même en mandataire du destinataire. Il a montré l'intérêt qu'il portait au bénéficiaire, et, devant l'inaction de ce dernier, il apparaît bien comme son représentant qualifié.

Quand le bénéfice de la souscription est destiné à des personnes, par exemple un inventeur ou les victimes d'une catastrophe, cette solution est admissible. Elle ne l'est plus lorsque le bénéficiaire est une idée. Il est fréquent de voir une souscription ouverte dans le but d'élever une statue ou un monument religieux ou commémoratif ou en vue d'une campagne politique. On ne peut pas alors parler de destinataires de la souscription, mais d'une destination. L'organisateur va-t-il pouvoir se considérer comme le représentant d'une chose abstraite, d'une entité ? Les tribunaux laisseront-ils plaider le représentant d'une idée ?

Une réponse négative est évidente. Et cependant le mécanisme et l'analyse juridique de la souscription ne varient pas suivant que le bénéficiaire de la souscription est une personne ou une idée. L'engagement du souscripteur vaut en soi. Il faut que l'organisateur ait qualité pour en demander l'exécution.

Cette difficulté se résout facilement. Quelles sont, en effet, les personnes qui ont intérêt à ce qu'un souscripteur parfasse sa promesse ? En dehors du bénéficiaire dont l'intérêt est indiscutable, il est d'autres personnes pour qui la réalisation de cette souscription prend une importance spéciale. Chaque souscripteur isolément ne peut atteindre le but proposé par l'organisateur ; son effort pour être efficace a besoin d'autres efforts dirigés vers le même but. L'organisateur relie ces efforts, les enchaîne les uns aux autres. Une personne, en souscrivant, donne donc de la force, de l'effet aux autres souscriptions. Si elle se rétracte elle retire aux autres souscripteurs l'appoint sur lequel ils comptent. En poursuivant l'exécution l'organisateur agira donc en qualité de représentant des autres souscripteurs.

Le deuxième point délicat est relatif à la personne même de l'organisateur. L'organisation de la souscription publique est bien rarement le fait d'une seule personne. Le plus souvent, surtout lorsque la souscription s'adresse au pays tout entier ou même déborde ses frontières, la charge écrasante de cette mise en œuvre, nationale ou internationale, ne saurait être assumée par un seul. On voit ainsi se créer des comités de souscription : ces organismes jouent exactement le rôle d'organiseurs.

Avec une différence considérable toutefois. Le promoteur d'une souscription, quand c'est une personne, jouit de la personnalité juridique, cette capacité lui permet de poursuivre l'exécution des promesses non encore tenues. Mais si c'est un comité ? Quels droits lui attribuer ? Au plus, ceux d'une association non déclarée avec les restrictions à sa capacité qu'encourent cette catégorie d'association, c'est-à-dire sans personnalité juridique. Le comité ne pourra donc pas ester en justice et le souscripteur défaillant persévéra impunément dans son attitude.

Nous avons déjà noté les difficultés qui découlent de l'existence de ces comités relativement à la propriété des fonds versés par les souscripteurs. Nous rencontrons ici une nouvelle illustration de ces genres de problèmes. Et cependant ces comités se forment très fréquemment. Pour reprendre une comparaison, que nous avons déjà amorcée, avec la fondation, cette institution a besoin, pour assurer l'accomplissement de sa tâche permanente, de s'appuyer sur une personne morale à l'abri des vicissitudes humaines ; le processus de la souscription publique se déroule au contraire avec rapidité : une base immuable ne lui serait d'aucune utilité. La notion de comité répond parfaitement à ces considérations. Une fois atteint le but recherché, le

comité se dissoud d'autant plus aisément qu'il n'a pas d'existence juridique.

Un moyen très simple permet aux comités d'agir : les membres du comité n'ont qu'à assigner le souscripteur récalcitrant chacun en leur nom. En pratique, cette solution ne va pas sans difficulté : c'est que les comités comprennent souvent des personnages honorifiques et représentatifs qui ne se soucient nullement de procéder en justice.

Une autre objection peut être formulée. Au vu de nos textes législatifs, les comités, sans capacité juridique, ne sauraient recevoir de libéralités. Ainsi exprimée, cette proposition est exacte, mais sans application à notre cas. Le Comité, en effet, ne reçoit pas pour lui-même, mais en tant que représentant le véritable bénéficiaire.

Telles sont les difficultés que soulève la personne de l'organisateur dès qu'il veut poursuivre l'exécution des engagements pris par des souscripteurs défaillants. Mais l'organisateur lui aussi peut ne pas être à l'abri de tout reproche.

§ 4. Les droits des souscripteurs

L'engagement unilatéral est la source des obligations du souscripteur à l'égard de l'organisateur, représentant du bénéficiaire ou des autres souscripteurs. Les droits du souscripteur découlent du contrat de mandat qu'il a passé avec l'organisateur. Hypothèse inverse du mandat ordinaire où c'est généralement le mandant qui prend les devants et cherche un mandataire. Dans notre cas, c'est l'organisateur qui se déclare prêt à remplir les fonctions de mandataire et attend les mandants éventuels.

Sans doute le souscripteur qui a versé le montant de sa

souscription est-il en droit de le répéter civilement s'il en est fait un emploi autre que celui en vue duquel il a souscrit (1).

A vrai dire, il s'en soucie généralement peu et s'en remet à la bonne foi de l'organisateur parce que d'abord il estime avoir fait tout son devoir en souscrivant et qu'ensuite il serait souvent incapable de rapporter la preuve de son versement quand il n'a pas été précédé d'une souscription écrite. Cette attitude passive se comprend d'autant mieux que souvent l'organisateur, de par sa situation, inspire une confiance légitime, mais attitude pleine de dangers en face d'un collecteur peu scrupuleux (2).

Mais la question intéressante est de savoir s'il ne possède pas d'autres moyens plus énergiques vis-à-vis de l'organisateur, notamment celui de le contraindre à exécuter l'œuvre projetée et celui de le poursuivre pénalement pour abus de confiance en vertu de l'article 408 du Code Pénal.

Sur le premier point, la Jurisprudence a décidé (3), et sa solution semble devoir être approuvée, que le trop grand nombre de souscripteurs s'oppose à ce que chacun puisse réclamer individuellement l'exécution de l'œuvre ; s'ils veulent poursuivre cette exécution, que les souscripteurs constituent une association, seule juge de la manière dont les sommes recueillies doivent être employées ; les souscripteurs ne peuvent, s'ils réclament individuellement, qu'exiger le remboursement de ce qu'ils ont versé.

Le second point n'est pas moins douteux. L'organisateur

(1) Trib. Belfort, 27 déc. 1881 ; Besançon, 26 mai 1882 (D. 1882. 2. 236) ; et Agen, 15 déc. 1857 (D. 1859, 2. 180).

(2) Cf. notamment *Le Crapouillot* (numéro de juin 1934), sur l'Histoire de la Presse. Un contrôle administratif sévère devrait être envisagé.

(3) Agen, 15 déc. 1857 (D. 1859. 2. 180).

qui ne se conforme pas au but qu'il a proposé aux souscripteurs abuse de leur confiance. Cette solution ne s'impose pas avec l'évidence qu'elle semble comporter au premier abord puisque certain tribunal a pu estimer l'organisateur propriétaire du produit de la souscription. Traiter l'organisateur comme un donataire personnel était une erreur, aussi cette décision fut-elle réformée en appel (1).

Tels apparaissent, en corollaire des droits de l'organisateur, ceux des souscripteurs à son égard.

(1) Trib. Châteauroux, 17 mai 1899 ; Bourges, 1^{er} mai 1900 (D. 1900. 2. 425).

CONCLUSION

Nous arrivons donc à cette conclusion qu'en droit positif français les donations par souscription se trouvent validées par la Jurisprudence. Les arrêts que nous avons cités ne laissent aucun doute à cet égard et le décret de 1916 revêt encore plus de précision.

Il convient de louer les tribunaux d'avoir, en consacrant par des moyens détournés la validité de certaines libéralités entre vifs, fait échec à des règles de forme et de fonds imposées par une législation d'exception, et rattaché ainsi leurs décisions en la matière à la tendance moderne, libérale, antiformaliste et sociale.

D'une façon générale, en effet, on peut dire que nos tribunaux sont désireux de faire sortir effet à la volonté de l'homme, alors même qu'elle ne se serait pas manifestée dans les formes rituelles. Cette préoccupation de s'opposer notamment à la violation de la parole donnée, est attestée par les jurisprudences qui se sont instituées soit à l'occasion des contrats soumis à la rédaction d'un écrit, soit en matière de dispositions testamentaires, soit encore relativement aux nullités pour vice de forme qu'on s'efforce d'écarter ou de minimiser, soit enfin à l'égard des libéralités entre vifs dans les cas où elles se réalisent autrement que par souscription.

La conception contractuelle de la donation ne résiste pas à l'analyse juridique. L'acceptation du donataire qui cons-

titue dans le Code Civil le deuxième élément du contrat de donation ne devrait logiquement représenter qu'une condition d'exécution et non de validité. D'autre part, le législateur de 1804, suivant les préceptes de celui de 1731, a cru pouvoir enfermer tous les procédés techniques de réalisation d'une libéralité entre vifs dans un seul : « la donation entre vifs ». La défiance du Code et son souci de protection des donateurs et de leur famille se traduisent ainsi par l'impression à ces libéralités d'une nature contractuelle et par la limitation de leur manière de s'effectuer.

Ces mesures excessives ont amené une réaction imposée par les besoins de la pratique et appuyée sur la tradition.

Outre les dons manuels, relativement auxquels le Code reste muet, apparurent de bonne heure, grâce aux efforts concordants de la Doctrine et de la Jurisprudence, des libéralités dont la validité n'était pas subordonnée à la stricte observation des dispositions prescrites pour les « donations entre vifs ».

Le cadre étiqué des règles écrites a éclaté. M. Gény (1) constate pour les donations déguisées, qu'il suffit de couler un acte juridique dans un autre moule pour le transformer « par la vertu de la catégorie ».

Les traditions romaines de l'Ancien Droit se sont maintenues et même développées. En matière de libéralités, de nouvelles règles de formation, de caractère coutumier, se sont lentement dégagées. Nous leur devons la reconnaissance de la validité des donations déguisées, des dons manuels (2) et des donations par personne interposée, dès lors que le gratifié réel est capable (3).

(1) *Science et technique en droit privé positif*, 1921, III^e partie, § 212.

(2) Voy. BEUDANT, *op. cit.*, n^o 233.

(3) Voy. BEUDANT, *op. cit.*, n^o 106, *in fine*, p. 132.

C'est à une évolution de ce genre que les questions afférentes à la validité des donations par souscription nous font assister. Le domaine des « donations entre vifs » se rétrécit tous les jours ; avec les donations par souscription ce sont toutes les libéralités à caractère collectif qui échappent à leur emprise, ou plus exactement qui tendent à y échapper.

Que la donation soit adressée au public en général — c'est le cas des promesses de récompense — ou, à un groupement d'utilité sociale — c'est le cas des souscriptions indépendantes — ou encore qu'elle émane d'une réunion occasionnelle — dans l'hypothèse des souscriptions publiques —, c'est toujours la collectivité qui est en cause ; c'est elle qui reçoit ou c'est elle qui donne.

La donation par souscription répond ainsi à des nécessités que les rédacteurs du Code ne pouvaient que méconnaître.

« L'on chercherait en vain, s'écrit Troplong (1) en parlant « du Code Napoléon, un droit plus spiritualisé, plus dégagé « de l'empire des formes matérielles, de l'intervention « usurpatrice de l'Etat, *des prétentions abusives de l'intérêt* « *collectif sur l'intérêt individuel...* »

Troplong croyait faire un panégyrique ; c'est presque un réquisitoire. La collectivité a des droits et des moyens d'action sans commune mesure avec ceux des individus.

Les Romains et tout notre Ancien Droit jusqu'en 1731, ne l'ignoraient pas. La Jurisprudence, par ses arrêts récents, renoue avec cette tradition et tend ainsi à restituer sa place à l'antique pollicitation.

Mais l'évolution est loin d'être terminée. On ne peut

(1) Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*. Paris, 1855, t. I, p. v.

rompre délibérément avec le passé, car nous savons « que le droit est une chaîne dont on ne peut changer un maillon sans l'accorder avec les précédents... (1) ». L'élaboration de règles de formation coutumières, distinctes de celles du Code, continue, sous l'inspiration de la Doctrine et la Jurisprudence.

Actuellement la Jurisprudence n'a pas encore sanctionné ouvertement et sans équivoque la validité des libéralités entre vifs par acte de volonté unilatérale, même avec le cantonnement que nous leur avons assigné.

Les tribunaux tiennent toujours l'acceptation du donataire comme une condition de validité indispensable. Dans toutes les espèces que nous avons étudiées, l'adhésion du bénéficiaire s'était toujours manifestée, expressément même. Par ailleurs, notre Jurisprudence continue à admettre que dans la promesse de récompense il n'y a qu'une simple offre et que cette offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée (2). Du pur point de vue positif, on ne saurait donc trop conseiller aux bénéficiaires de donations par souscription de les accepter le plus rapidement possible pour se prémunir avec certitude contre tous les événements susceptibles de les mettre à néant, et notamment contre les changements d'humeur des donateurs.

(1) REGNAULT, H. *Les Ordonnances civiles du chancelier Daguesseau ; Les Donations et l'Ordonnance de 1731*, p. 6.

(2) Voy. CAPITANT, *op. cit.*, 7^e éd., p. 29, § 29.

BIBLIOGRAPHIE

- APPLETON, J., Note sous Nancy, 17 mars 1920, D. 1920. 2. 65.
- BEUDANT, Ch., *Cours de Droit civil français*, 2^e éd., publiée par R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. VI et VII avec le concours de M. Voirin.
- CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 3^e et 7^e éditions. Paris, 1932.
- CLARO, Notes sous Bourges, 1^{er} mai 1900, D. 1900. 2. 425, et sous Paris, 21 oct. 1902, D. 1903. 2. 121.
- DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence* et le supplément. *Recueil périodique et critique de jurisprudence et de législation*.
- DAVOT, *Traité de Droit français*. Dijon, 1788.
- DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 3^e éd. Paris, 1775.
- DIGESTE. Livre L, titre XII. *De pollicitationibus*.
- GÉNY, Fr., *Science et technique en droit privé positif*. III^e partie, 1921.
- GROS, R., *Des souscriptions publiques ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*. Thèse, Dijon, 1909.
- GUYOT, *Répertoire de Jurisprudence*. Paris, 1785.
- HAURION, *Précis de droit administratif*, 10^e éd.
- JÈZE, G., *Les contrats administratifs*.
- JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1930.
- MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*. Paris, 1819.

POTHIER, *Traité des Obligations*. Paris, 1805.

QUEINNEC, *De la nature et de quelques effets des souscriptions organisées pour les individus et les personnes morales*. Thèse. Caen, 1904.

REGNAULT, H., *Les Ordonnances civiles du chancelier d'Aguesseau*.

RICARD, *Traité des Donations*. Riom, 1783.

RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*. Paris, 1933.

— *Notion des libéralités*. Cours de doctorat. Paris, 1930-1931.

DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Recueil de Jurisprudence*. Paris, 1769.

SALEILLES, R., *De la personnalité juridique*. Paris, 1910.

TISSIER, *Dons et legs*, t. II.

TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*. Paris. 1855.

Vu : le Président de thèse,
Pierre VOIRIN.

Vu : Nancy, le 28 septembre 1934,
Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 29 septembre 1934.

Le Recteur de l'Académie.
M. BRUNTZ.
Président du Conseil de l'Université.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE. — Les origines et les destinées de la donation par souscription.....	17
CHAPITRE PREMIER. — Les origines et l'évolution de la donation par souscription jusqu'à l'Ordonnance de 1731.....	17
<i>Section I.</i> — La <i>pollicitatio</i> dans le Droit romain.....	17
§ 1. — La <i>pollicitatio ob justam causam</i>	17
§ 2. — La <i>pollicitatio sine causa</i>	21
§ 3. — La <i>pollicitatio</i> , donation par acte de volonté unilatérale	24
<i>Section II.</i> — La pollicitation dans l'Ancien Droit....	26
CHAPITRE II. — L'Ordonnance de 1731 et le Code Civil....	43
CHAPITRE III. — Les tentatives faites dans le Droit moderne pour renouer la tradition rompue par l'Ordonnance de 1731.	50
<i>Section I.</i> — Des donations par souscription proprement dites.....	50
<i>Section II.</i> — Des donations par souscription lors de souscriptions publiques.....	60
§ 1. — Définition et caractères.....	60
§ 2. — Position du problème.....	64
§ 3. — La Jurisprudence.....	67
DEUXIÈME PARTIE. — La donation par souscription en droit positif français moderne.....	70
CHAPITRE PREMIER. — Les explications doctrinales et leurs critiques	70
<i>Section I.</i> — La souscription est un contrat de donation	75
<i>Section II.</i> — La souscription est un contrat commutatif	83

<i>Section III.</i> — La souscription est un contrat mixte...	84
<i>Section IV.</i> — La souscription est un acte de droit public	91
<i>Section V.</i> — Explications positives.....	99
CHAPITRE II. — Les donations par acte de volonté unilatérale (essai de construction juridique).....	101
<i>Section I.</i> — Des souscriptions indépendantes.....	101
§ 1. — Le problème général de l'engagement par acte de volonté unilatérale.....	101
§ 2. — Des conditions de validité de l'engagement par acte de volonté unilatérale en matière de libéralités entre vifs.....	110
<i>Section II.</i> — Des souscriptions aux souscriptions publiques	115
§ 1. — La validation de ces souscriptions est nécessaire	115
§ 2. — Les souscriptions aux souscriptions publiques sont des actes de volonté unilatérale.....	117
§ 3. — Les droits de l'organisateur.....	120
§ 4. — Les droits des souscripteurs.....	123
CONCLUSION	126

